المملكة المغربية
ⵜⴰⴳⵍⴷⵉⵜ ⵏ ⵍⵎⵖⵔⵉⴱ
Royaume du Maroc

المجلس الوطني لحقوق الإنسان
Conseil national des droits de l'Homme

مذكرة المجلس الوطني لحقوق الانسان

حول مراجعة مدونة الأسرة

20 دجنبر 2023

المجلس الوطني لحقوق الإنسان
ⴰⵙⵖⴰⵡⴰⵙ ⴰⵏⴰⵎⵓⵔ ⵏ ⵉⵣⵔⴼⴰⵏ ⵏ ⵓⴼⴳⴰⵏ
Conseil national des droits de l'Homme

مذكرة المجلس الوطني لحقوق الانسان

حول مراجعة مدونة الأسرة

20 دجنبر 2023

الفهرس

I. الاعتبارات

1. بناء على القانون76.15 المتعلق بإعادة تنظيم المجلس الوطني لحقوق الإنسان، ولا سيما المادة 2 منه، التي تنص على أن المجلس يتولى النظر في جميع القضايا المتعلقة بالدفاع عن حقوق الإنسان والحريات وحمايتها، وبضمان ممارستها الكاملة والنهوض بها وبصيانة كرامة وحقوق وحريات المواطنات والمواطنين، أفرادا وجماعات، وذلك في نطاق الحرص التام على احترام المرجعيات الوطنية والكونية في هذا المجال، كما يساهم المجلس في تعزيز منظومة حقوق الإنسان والعمل على حمايتها والنهوض بها وتطويرها مع مراعاة الطابع الكوني لتلك الحقوق، وعدم قابليتها للتجزيء؛

2. تنفيذا لإستراتيجية عمل المجلس، كما صادقت عليها الدورة الأولى لجمعيته العمومية المنعقدة بتاريخ 21شتنبر 2019، والتي تقوم على مبدأ فعلية الحقوق (l'effectivité des droits) وابتغائه أن يكون، من خلالها، آلية انتصاف فعالة وسهلة الولوج، وفضاء للنقاش الهادف للنهوض بالقضايا الملحة في مجال حقوق الإنسان، وإطارا لاقتراح تدابير وقائية من خلال الوساطة والتدخل الاستباقي، للحيلولة دون وقوع انتهاكات لحقوق الإنسان؛

3. حرصا منه على مواكبة أوراش الإصلاح التي تعرفها بلادنا، بالتفكير والاقتراح، من موقعه كمؤسسة وطنية مستقلة ومحايدة خاضعة لمبادئ باريس بشأن المنظمات الوطنية لحقوق الإنسان، وفي نطاق ممارسته لصلاحياته الدستورية والقانونية في مجال حماية حقوق الإنسان والنهوض بها والوقاية من انتهاكها؛

4. اعتبارا للمكانة المركزية التي تحتلها قضايا المساواة وعدم التمييز في استراتيجية عمل المجلس وحضورها بشكل دائم وعرضاني في جميع تدخلاته ومهامه على مستوى حماية حقوق الإنسان والنهوض بها والوقاية من انتهاكها؛

5. سعيا منه إلى تثمين التراكم الذي حققته المملكة في مجال النهوض بأوضاع النساء والفتيات وتعزيز قدرتهن على الولوج إلى الحقوق الأساسية وتوفير شروط التمكين الاقتصادي والسياسي للمرأة وتيسير سبل ولوجها إلى الفضاء العمومي، وهو ما يستدعي تقوية المركز القانوني للنساء والفتيات في الفضاء الخاص، وخاصة داخل مؤسسة الأسرة؛

6. اعتبارا للدور المركزي لمؤسسة الأسرة باعتبارها المحدد الأساسي والحاسم في بناء إنسان فاعل في المجتمع وقادر على رفع تحديات أجندة الأمم المتحدة للتنمية بجميع أهدافها وخاصة تلك المتعلقة بالقضاء على الفقر (الهدف الأول) وضمان صحة وتعليم جيدين (الهدفان الثالث

والرابع) والمساواة بين الجنسين (الهدف الخامس) العمل اللائق ونمو الاقتصاد (الهدف الثامن) والحد من أوجه عدم المساواة (الهدف العاشر)؛

7. اعتبارا للدور الأساسي الذي تضطلع به مدونة الأسرة في تمكين الأسرة وصيانة حقوق مكوناتها، وتوفير الأرضية القانونية لإدماجها بشكل إيجابي في المجتمع على النحو الذي يضمن عدم ترك أحد خلف الركب، وخاصة فئة النساء والفتيات والأطفال؛

8. بناء على الرسالة الملكية السامية إلى السيد رئيس الحكومة، المتعلقة بمراجعة مدونة الأسرة بتاريخ 26 سبتمبر 2023؛

9. بناء على النقاش التفاعلي للجمعية العامة المنعقدة بتاريخ 16 يونيو 2023، ومصادقة الجمعية العمومية للمجلس على مشروع المذكرة بعد مناقشتها والتداول بشأنها واغنائها خلال دورتها المنعقدة يوم 20 دجنبر 2023؛

10. فان المجلس الوطني لحقوق الانسان يقدم هذه المذكرة الى الهيئة المكلفة بمراجعة مدونة الأسرة.

II. الإطار المرجعي للمذكرة

- الدستور المغربي لسنة 2011؛
- مقاصد الشريعة الإسلامية المستندة الى مبادئ المساواة والعدل والانصاف؛
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966؛
- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لسنة 1966؛
- الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979؛
- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لسنة 1984؛
- اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989؛
- اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة وبروتوكولها الاختياري لسنة 2006؛
- إعلان حقوق الطفل لسنة 1959؛
- أهداف التنمية المستدامة 2030 التي اعتمدت سنة 2015 من طرف الأمم المتحدة؛

- الملاحظات الختامية للجنة حقوق الطفل بشأن التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للمغرب، الدورة 67 المنعقدة في الفترة الممتدة من 1 إلى 19 شتنبر 2014، جلستي رقم 1906 و1907 المنعقدتين في 3 شتنبر 2014، CRC/C/MAR/3-4؛

- الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الخامس والسادس للمغرب، C/MAR/CO/5-6، 12 يوليوز 2022؛

- الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بشأن التقرير الدوري الرابع للمغرب، الدورة رقم 56 المنعقدة في الفترة الممتدة من 21 شتنبر 2015 الى غاية 9 أكتوبر 2015، جلستي رقم 64 و65 المنعقدتين في 30 شتنبر و1 أكتوبر 2015،E/C.12/MAR/4؛

- الملاحظات الختامية للجنة المعنية بحقوق الانسان المتعلقة بالتقرير الدوري السادس للمغرب، الدورة 118 المنعقدة في الفترة الممتدة من 17 أكتوبر الى غاية 4 نونبر 2016، جلستي رقم 3319و 3320 المنعقدتين في 24 و25 أكتوبر 2016، CCPR/C/MAR/6؛

- تقرير الفريق العامل المعني بالاستعراض الدوري الشامل للمغرب برسم الجولة الرابعة من الاستعراض، الدورة 41 في الفترة الممتدة من 7 الى 18 نونبر 2022، A/HRC/52/7؛

- التوصية العامة رقم 21 للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية 1994، A/49/38؛

- التوصية العامة رقم 28 للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن الالتزامات الأساسية للدول الأطراف بموجب المادة 2 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، معتمدة في الدورة 47 بتاريخ 16 دجنبر 2010. CEDAW/C/GC/28؛

- التوصية العامة رقم 31 / التعليق العام رقم18، الصادران بصفة مشتركة، بين لجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة- لجنة حقوق الطفل، بشأن الممارسات الضارة»، الصادر بتاريخ 14 نونبر 2014 والمحينة سنة 2019، CEDAW/C/GC/31-CRC/C/GC/18؛

- إعلان وبرنامج عمل فيينا المنبثق عن المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان المتعقد في فيينا ما بين 14 و 25 يونيو 1993، الصادر بتاريخ 25 يونيو 1993،A/conf.157/24 ؛

- إعلان ومنهاج عمل بكين الصادر عن المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة المنعقد في بجين خلال الفترة الممتدة من 4 شتنبر إلى 15 شتنبر 1995، اعتمد الإعلان خلال الجلسة 16 المعقودة بتاريخ 15 شتنبر 1995، A/CONF.177/20/Rev.1.

- إضافة إلى المرجعية القانونية الدولية والوطنية، تستند هذه المذكرة إلى **مرجعية التحولات** التي فرضها واقع المجتمع المغربي، حيث ساهمت التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها المغرب في تجاوز التقسيم التقليدي للأدوار في الأسرة المغربية، حيث فرضت تحولات الواقع المعاش علاقات جديدة قوامها المساواة بين المرأة والرجل في الحقوق والواجبات، وهو ما كرسه دستور سنة 2011 الذي نص في الفصل 19 منه على ضرورة تمتيع كل من المرأة والرجل، وعلى قدم المساواة، بالحقوق والحريات الواردة في الوثيقة الدستورية، وتلك المتضمنة في الإطار المعياري لحقوق الانسان ذات الصلة.
- تستند هذه المذكرة أيضا على العديد من المعطيات والأرقام والدراسات والأبحاث التي أنجزتها القطاعات الحكومية المعنية بالمرأة والطفل والقضايا ذات الصلة، إضافة إلى تقارير ومذكرات العديد من هيئات الحكامة ومنظمات المجتمع المدني.

11. يسجل المجلس أن تطبيق المدونة خلال العقدين الماضيين اتسم بالاتساع المتزايد للهوة بينها وبين واقع الأسرة المغربية، مما جعل العديد من مقتضياتها لا تستجيب للإطار الدستوري والتزامات المغرب الدولية في مجال حقوق الإنسان بل إنها لم تعد تستجيب، كذلك، للتحولات التي يعرفها الواقع الاقتصادي والاجتماعي الذي أثر على مركز المرأة في المجتمع، وعزز حضورها في الفضاء العام، باعتبارها مساهمة فاعلة في تنميته، في الوقت الذي لا يزال موقعها في الفضاء الخاص يعرف إشكاليات واختلالات كبيرة كما يتبين ذلك من حصيلة تطبيق مدونة الأسرة على مدى العقدين الأخيرين.

III. المبادئ الموجهة للمذكرة

تتأسس هذه المذكرة سواء في التشخيص الذي تقدمه أو في الحلول التي تقترحها على جميع مبادئ حقوق الإنسان المتعارف عليها، و تستحضر بشكل أساسي أربعة مبادئ تعتبر بمثابة الخيط الناظم للمقترحات الواردة فيها.

فعلية المساواة وعدم التمييز

12. يشكل الترافع من أجل تحقيق المساواة وعدم التمييز بين المواطنات والمواطنين أحد أهم المبادئ الناظمة لعمل المجلس الوطني لحقوق الإنسان وأحد المرتكزات الأساسية لاستراتيجيته القائمة على فعلية الحقوق. وقد دأب المجلس على مدار السنوات الماضية، سواء في تقاريره السنوية والموضوعاتية وآرائه الاستشارية ومذكراته، أو في مختلف أنشطته ومبادراته ذات الصلة، على رصد العديد من الإشكالات على مستوى طريقة ضبط مقتضيات المدونة للعلاقة بين الرجل والمرأة وآثارها على المركز القانوني لكل منهما داخل مؤسسة الأسرة، وتقييمها على ضوء ما ينص عليه الدستور من ضمانات للمساواة بين الرجل والمرأة وحظر التمييز بينهما في الحقوق والواجبات.

13. ورغم أن استراتيجية فعلية الحقوق تقوم على تصور واسع وشمولي للعوامل المؤدية إلى اللامساواة، التي لا يمكن اختزالها في الأبعاد القانونية لوحدها، فإن المذكرة تعتبر أن هشاشة المركز القانوني للنساء يشكل ثغرة أساسية تؤدي إلى مختلف مظاهر الهشاشة الأخرى الاقتصادية والاجتماعية والسياسية. ولذلك فإن تقوية ضمانات المساواة الفعلية بين المرأة والرجل على النحو المنصوص عليه في الفصل 19 من الدستور، وفي الالتزامات الدولية المترتبة عن الاتفاقيات التي صادقت عليها المملكة تشكل الخيط الناظم للمقترحات الواردة في هذه المذكرة.

احترام المصلحة الفضلى للطفل

14. تتأسس هذه المذكرة على تصور للأسرة باعتبارها مؤسسة ثلاثية الأركان قوامها الرجل والمرأة والطفل. ولذلك فإن تصورها لوظيفة قانون الأسرة وغاياته لا يقتصر على مجرد تنظيم العلاقات بين المرأة والرجل الناشئة عن الزواج والطلاق والميراث والقضايا الأخرى المرتبطة بهما، بل يستحضر كذلك المركز القانوني للطفل كطرف أساسي في العلاقات الأسرية، وليس مجرد أحد توابعها. ولذلك فإن استحضار المصلحة الفضلى للطفل هو أحد المبادئ الأساسية الموجهة لمقترحات هذه المذكرة بما يضمن جعل حماية حقوق الطفل باعتباره المكون الأكثر هشاشة في تركيبة الأسرة، معيارا لإعادة تحديد وتدقيق الحقوق والواجبات الخاصة بمكوناتها الأخرى.

.15وفي ظل غياب تحديد دقيق لمفهوم المصلحة الفضلى للطفل، فإن المذكرة تسترشد في تحديده بمجموعة من النصوص التأسيسية التي ينبغي أن تشكل معالم للاجتهاد القضائي المغربي مع الانفتاح على الممارسات الفضلى في هذا المجال. ويتحدد مضمون المصلحة الفضلى للطفل انطلاقا من العناصر الثلاثة التالية:

- استحضار المبدأ العام الذي أرساه إعلان حقوق الطفل لسنة 1959 حين نص على وجوب أن "يتمتع الطفل بحماية خاصة، وأن يمنح بالتشريع وغيره من الوسائل، الفرص والتسهيلات اللازمة لإتاحة نموه الجسمي والعقلي والخلقي والروحي والاجتماعي نموا طبيعيا سليما في جو من الحرية والكرامة. وتكون مصلحته العليا محل الاعتبار الأول في سن القوانين لهذه الغاية[1].

- استحضار نص وروح الفقرة الأولى من المادة 3 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 التي نصت على أنه "في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولى الاعتبار الأول لمصلحة الطفل الفضلى[2]." وإلى جانب ذلك ينبغي مراعاة كل بنود الاتفاقية باعتبارها الحد الأدنى الواجب توفيره لضمان حماية حقوق الطفل.

- مراعاة مقتضيات المواثيق الدولية الأخرى التي تستحضر المصلحة الفضلى للطفل، وعلى رأسها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، وخاصة المادة 5 المتعلقة بالمسؤولية المشتركة للرجال والنساء في تنشئة الأطفال، والمادة 16 التي تنص على ضرورة إيثار المصلحة الفضلى للطفل في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية.

مبدأ عدم ترك أحد خلف الركب

16. تنطلق المذكرة من فكرة أساسية مفادها أن احترام حقوق الإنسان هو شرط لتحقيق التنمية الإنسانية وغاية لها في الوقت ذاته. ولذلك فإن المجلس يعتبر أن إصلاح منظومة القوانين التي تؤطر العلاقات الأسرية ينبغي النظر إليه باعتباره وسيلة/فرصة تترجم الدولة التزامها بعدم ترك أحد خلف الركب وتعزيز جهودها لتحقيق أهداف التنمية المستدامة 2030. وكما جاء ذلك في أجندة 2030 فإن أحد الأسباب الرئيسية لبقاء فئات واسعة من المجتمع الإنساني خلف الركب هو استمرار أشكال ومظاهر عديدة للتمييز بين الناس، وأن العديد من العوائق التي تحول دون ولوج فئات واسعة لحقوقها الأساسية واستفادتها من الموارد والخدمات والفرص، ناتجة بالأساس عن وجود قوانين تمييزية واستمرار بعض الممارسات الاجتماعية التي تؤدي إلى إقصاء بعض الفئات وتعميق هشاشتهم.

17. ومن هذا المنطلق فإن المقترحات الواردة في هذه المذكرة تهدف بالأساس إلى تمكين مكونات الأسرة وتعزيز ضمانات حماية حقوقهم بما يضمن إخراج فئات واسعة من الهشاشة القانونية (خاصة النساء والفتيات) وتوفير الإطار القانوني الملائم لتأهيلها وإدماجها في دينامية التنمية

1- المبدأ الثاني من إعلان حقوق الطفل الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرار رقم 1386 (د-14) المؤرخ في 20 نونبر 1959.
2- المادة 3 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

التي يعرفها المجتمع المغربي. وتدخل في هذا الإطار المقترحات المتعلقة بمنع زواج الطفلات، الذي يعتبر سببا رئيسيا في تدني مؤشرات التعليم والصحة في أوساط النساء، تعزيز حماية النساء من العنف بجميع أشكاله المادية والرمزية والرقمية، إضافة إلى كل المقترحات الأخرى المتعلقة بصيانة حقوق الأطفال والأشخاص ذوي إعاقة. وتتوخى المذكرة رفع كل المعوقات القانونية التي من شأنها الإخلال بالتوازن المطلوب في العلاقات الأسرية أو إضعاف المركز القانوني لأحد مكوناتها من جهة، وتعزيز قدرة القانون على توفير ضمانات لحماية فعلية لحقوق كافة مكونات الأسرة بما يضمن عدم تخلف أي منها على الركب من جهة أخرى.

مبدأ توسيع إرادة الأطراف في تنظيم العلاقات الأسرية.

18. تقوم العديد من مقتضيات مدونة الاسرة على مبدأ سلطان الإرادة، وهو ما يتجلى في توسيع مجال الشروط الاتفاقية التي يمكن للأطراف الاتفاق عليها بشأن سريان عقد الزواج، وتخويل الزوجين ابرام عقد تدبير للأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية فضلا عن صلاحية الاتفاق على الطلاق، من خلال الطلاق الاتفاقي بما في ذلك الاتفاق على حقوق الأطفال المتعلقة بالحضانة والزيارة والنفقة، إضافة إلى اعتبار الولاية في الزواج حقا للمرأة الراشدة، حيث منحتها إبرام عقد الزواج دون ولي أو التمسك بحضور الولي لمجلس العقد. وفي نفس السياق خولت مدونة الاسرة للمغاربة المقيمين بالخارج حرية الاختيار بين الشكل المدني للزواج طبقا لقوانين بلدان الإقامة، أو الزواج وفق الشكل العدلي طبقا للقانون المغربي، كما أن الوصية الإرادية المنصوص عليها في الكتاب الخامس تعد مظهرا من مظاهر تجسيد سلطان الإرادة، إلى جانب الشروط الاتفاقية التي يمكن تضمينها لعقد الزواج ومن بينها الاتفاق على طريقة تدبير الأموال المكتسبة بعد قيام العلاقة الزوجية.

19. وبالنظر للأثار الإيجابية لمثل هذه المقتضيات على مستوى تمكين أطراف العلاقة الاسرية، وتعزيز حماية حقوقهم وخلق الشروط الضرورية لبناء علاقات أسرية متوازنة، فإن المذكرة تعتبر توسيع إرادة الأطراف مبدأ أساسيا في معالجة العديد من الاختلالات التي أفرزها تطبيق مقتضيات المدونة بشكل عام، وعلى مستوى العناصر التالية بشكل خاص:

- توسيع سلطة الزوجين في اختيار الزوج الآخر كان مسلما أو غير مسلم،
- توسيع مجال الوصية من خلال رفع القيود الحالية المفروضة عليها، وذلك من خلال حذف شرط عدم تجاوزها الثلث، وألا تكون لفائدة أحد الورثة،

- وضع نماذج مفصلة للأنظمة المالية بما يوسع الخيارات المتاحة للأزواج في تحديد النظام المالي المطبق على الأموال المكتسبة بعد الزواج،
- تخويل الأزواج سلطة اختيار القانون المطبق عليهم في حالات الزواج المختلط وزواج الأجانب بالمغرب.

IV. حصيلة تطبيق مدونة الاسرة – 2004-2023: الاختلالات الكبرى التي سجلها المجلس الوطني لحقوق الانسان

20. ينطلق المجلس الوطني لحقوق الإنسان في تشخيصه للاختلالات الكبرى التي تم تسجيلها على مستوى تطبيق مدونة الأسرة[3]، 2004-2023، من التزامات المغرب في مجال حقوق الانسان، خاصة تلك المتعلقة باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي تحث الدول على اتخاذ كافة التدابير اللازمة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة الأسرية.

21. ويتأطر التشخيص الذي تقدمه هذه المذكرة في مجمل الاختلالات التي يثيرها بمفهوم الممارسات الضارة في مجال حقوق الإنسان التي عرفتها التوصية العامة رقم 31 للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة/ التعليق العام رقم 18 للجنة حقوق الطفل، لسنة 2019، الصادران بصفة مشتركة، بشأن الممارسات الضارة هذه الأخيرة كما يلي: « الممارسات الضارة هي ممارسات وسلوكيات مستديمة نابعة من التمييز على أساس جملة صفات منها نوع الجنس والصفة الجنسانية والسن، فضلا عن أشكال متعددة و/أو متقاطعة من التمييز كثيرا ما تكون منطوية على العنف وتسبب أضرارا أو معاناة بدنية و/أو نفسية. والضرر الذي تلحقه هذه الممارسات بالضحايا يتجاوز العواقب البدنية والذهنية المباشرة وكثيرا ما يكون غرضه أو مؤداه هو إضعاف الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية للنساء والأطفال والانتقاص من تمتعهم بها وممارستهم لها. وهناك أيضا تأثر سلبي يلحق بكرامتهم، وسلامتهم ونمائهم بدنيا ونفسيا وأخلاقيا، وبدرجة مشاركتهم، وصحتهم، وتعليمهم، ووضعهم الاقتصادي والاجتماعي».

22. وقد رصد المجلس الوطني لحقوق الانسان، في إطار ممارسة مهامه الدستورية في مجالي الحماية والنهوض، ومن خلال تقارير موضوعاتية وملاحظة المحاكمات والتحري في الشكايات التي توصل بها، عدة إشكاليات عملية أفرزها التطبيق العملي لبنود المدونة، من بينها على سبيل المثال لا الحصر:

3-- قانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه ظهير رقم 1.04.22 في 3 فبراير 2004 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004، ص 418.

- تحول تزويج الطفلات من استثناء ضيق الى قاعدة واسعة تعكسها المعدلات المرتفعة لاستجابة أقسام قضاء الأسرة لهذه الطلبات، رغم ما تشكله من انتهاكات لمختلف حقوق الطفل؛ ورغم أن الإحصائيات الرسمية كشفت مؤخرا عن انخفاض عدد عقود تزويج الطفلات المسجلة بالمحاكم، إلا أن هناك مخاوف جدية من أن تأخذ هذه الزيجات صورا أخرى ملتبسة، من قبيل زواج الفاتحة، أو زواج «الكونترا»؛
- تمركز نسبة هامة من زيجات الطفلات في الحواضر الكبرى ما يضحد أن هذا النوع من الزيجات تفرضه الأعراف والتقاليد في المناطق النائية؛
- الصعوبات القانونية والواقعية في وصول الأطفال لحقهم في النسب نتيجة الاستعمال المحدود للخبرة الجينية، واستمرار التمييز بين البنوة الشرعية وغير الشرعية، وهو ما يمس بحق الأطفال في الهوية؛
- التبني الواسع لمقاربة الوصاية عوض مقاربة المواكبة في التعامل مع نطاق الأهلية القانونية للأشخاص في وضعية إعاقة، خاصة في القسم الثاني من الكتاب الرابع من مدونة الأسرة الذي يوجد في مقدمة العوائق التشريعية التي تحول دون تمتع الشخص في وضعية إعاقة بحقوقه على الوجه الأكمل بسبب عدم الاعتراف له بالصلاحية القانونية لما يقوم به من تصرفات وأعمال وبالاستقلالية في اتخاذ القرارات وفقا لإرادته الحرة والمستنيرة؛
- استمرار مظاهر التمييز بين الأبوين على مستوى النيابة القانونية على الأبناء، باعتبار ولاية الأب أصلية، وولاية الأم على سبيل الاحتياط، وهو ما يتعارض مع مبدأ تقاسم المسؤوليات الأسرية بين الزوجين؛
- وجود عقبات قانونية وواقعية تحد دون وصول النساء والفتيات الى نصيبهن في أموال الأسرة وفي ملكية العقارات والثروة بصفة عامة؛
- عدم وضوح مساطر الطلاق والتطليق نتيجة تعدد أنواعها واختلاف الآثار التي ترتبها بشكل قد يحول دون فعلية الولوج الى العدالة؛
- التحايل على مقتضيات التعدد وتزويج الطفلات من خلال مسطرة ثبوت الزوجية أمام غياب جزاء قانوني يكفل احترام الزامية القواعد القانونية؛
- تفاوت السلطة التقديرية للمحاكم في تطبيق بعض النصوص بشكل يؤثر على وضوح القاعدة القانونية لدى المتقاضين وقابليتها للتنبؤ؛
- إشكالية الإحالة على أحكام الفقه، وضعف اعمال الاتفاقيات الدولية في تعليل الأحكام القضائية؛

- استمرار العراقيل التي تحول دون فعلية المساواة وعدم التمييز في ولوج الناجيات من العنف إلى العدالة نتيجة عوائق قانونية تتعلق بتعدد وتعقد بعض مساطر الاثبات والتبليغ والتنفيذ، فضلا عن العوائق الثقافية المتمثلة أساسا في الافتقار إلى المعرفة بالحقوق والإجراءات القانونية أو طرق الولوج إلى المساعدة القانونية والقضائية والوصول إلى المعلومات.
- ضعف الالتقائية بين مدونة الأسرة وقوانين أخرى، وضعف الالتقائية بين هذه القوانين وبين السياسات العمومية.

7. مقترحات وتوصيات المجلس

23. انطلاقا من التشخيص الذي قام به المجلس لحصيلة تطبيق مدونة الأسرة خلال الفترة 2004-2023، تقدم هذه المذكرة مقترحات وتوصيات بشأن تعديل المقتضيات ذات الصلة. غير أن المجلس يعتبر أن معالجة هذه الاختلالات وتحقيق أهداف الإصلاح لا يمكن أن تقتصر على مجرد المدونة، بل يتطلب ذلك مواكبة التعديلات القانونية بحزمة من الإصلاحات التي تستهدف ضمان انسجام المدونة مع مجمل التشريعات الوطنية الأخرى، إضافة إلى توفير الشروط المؤسساتية والبشرية والسياساتية (المرتبطة بالسياسات العمومية) المناسبة لتطبيقها. ولذلك فإن هذه المذكرة تقدم، علاوة على المقترحات والتوصيات الخاصة بمضامين مدونة الأسرة، مجموعة من المقترحات والتوصيات العامة.

مقترحات وتوصيات خاصة بمضامين مدونة الأسرة

1- تعريف الأسرة:

24. لم تتطرق مدونة الأسرة لمفهوم الأسرة التي يفترض أن تطبق عليها مضامين هذا النص، رغم أن مقتضياتها تطرقت بشكل غير مباشر لأشكال من الأسر، ورتبت علاقات قانونية عليها. فإلى جانب الأسرة القائمة على عقد الزواج، الذي اعتبرته المدونة «ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين، تطرقت مدونة الأسرة بشكل غير مباشر الى أشكال أخرى من الأسر غير القائمة على عقد الزواج، من بينها:

- الأسر القائمة على الخطبة طبقا لمقتضيات المادتين 6 و156 من المدونة؛
- الأسر القائمة على وجود إقرار طبقا للمادة 160 وما يليها من مدونة الأسرة؛
- الأسر القائمة على عقد زواج غير موثق، طبقا للمادتين 6 و16 من مدونة الأسرة؛
- الأسر القائمة على ولادات خارج إطار مؤسسة الزواج والخطبة والاقرار، حيث اعتبرت المدونة بنوة الأم شرعية في حالة تعرضها للاغتصاب؛
- الأسر القائمة على كفالة الأطفال سواء في إطار القواعد العامة للالتزام، أو في إطار قانون كفالة الأطفال المهملين.

25. ويسجل المجلس أن غياب تعريف للأسرة أدى الى وجود اختلالات في تطبيق العديد من مقتضيات مدونة الأسرة. ويمكن اجمال أبرز هذه الاختلالات فيما يلي:

- الاقتصار على تنظيم العلاقات الناشئة داخل الأسرة القائمة على الزواج، واغفال التنصيص على العلاقات القانونية الناشئة داخل أشكال أخرى من الأسر، بحيث اعترف المشرع بالنسب الناتج عن الخطبة، والاقرار، لكنه لم يرتب أي آثار بخصوص الحضانة والنيابة القانونية خاصة وأن الآثار القانونية الواردة في المدونة تقتصر على حالة وجود عقد الزواج، أو انفصال العلاقة الزوجية بالطلاق أو التطليق، ولا تشمل حالة عدم وجود عقد الزواج، وهو ما يطرح اشكال استحقاق حضانة طفل ولد خلال فترة الخطوبة، ومدى إمكانية منازعة الخطيب في استحقاق حضانته في حالة قرار الأم الزواج من جديد، ومدى إمكانية قيام الأم التي أنجبت خلال فترة الخطوبة بمباشرة مهام النيابة القانونية اتجاه ابنها، في حالة عدم إتمام إجراءات الزواج.
- الاهتمام بتنظيم العلاقات المالية الناشئة بين الأبوين وبين الأبناء داخل الأسرة القائمة على الزواج، واغفال تنظيم هذه العلاقات في الأسر القائمة على كفالة طفل مهمل، بحيث لم ينظم المشرع طريقة انتهاء الكفالة، ولم يحدد مسؤولية الأبوين الكافلين في الاستمرار في الاتفاق على الطفل المكفول بعد انتهاء العلاقة الزوجية.
- رغم أن المشرع لم يجعل من أهداف عقد الزواج الانجاب بحيث تم حذف عبارة «تكثير سواء الأمة التي كانت واردة في مدونة الأحوال الشخصية»، إلا أنه ربط واجب الانفاق الملقى على عاتق الزوجة الموسرة في حالة اعسار الزوج بضرورة وجود أبناء، وهو ما يتنافى مع واقع عدد من الأسر المغربية التي لا يوجد فيها أبناء.

- الاستمرار في تكريس مفهوم تقليدي للأسرة قائم على رئاسة الزوج مستمد من تحمله لواجب الانفاق وتخويله مسؤولية اتخاذ القرارات المتعلقة بالأسرة كالقيام بالمهام المتعلقة بالنيابة القانونية على الأبناء، وحق اختيار مقر بيت الزوجية، رغم ما نصت عليه مدونة الأسرة من مفهوم الرعاية المشتركة.
- اغفال التنصيص على مقتضيات تخص وضعية الأسر غير القائمة على الزواج، خاصة ما يتعلق بموانع المصاهرة في حالة الاغتصاب والحمل خارج إطار عقد الزواج.
- ضعف قدرة نص المدونة على تأطير بعض الأشكال الجديدة من الأسر التي أفرزتها التحولات الاجتماعية والاقتصادية التي عرفها المغرب، على غرار الأسر التي تقودها النساء أو تلك المكونة من أحد الزوجين أو المكونة من زوجين بدون أبناء.

26. ولمواجهة هذه الإشكالات يؤكد المجلس على أهمية ادراج تعريف للأسرة في صلب المادة الأولى من المدونة، يستحضر كافة التحولات التي عرفتها الاسرة المغربية، ويراعى عند وضع القاعدة القانونية الاسرية وعند تنزيلها.

ويجد هذا المقترح سنده في عدد من المعايير الدولية، التي أكدت على أهمية الأسرة، حيث نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 16 منه على أن الأسرة هي: «الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة». وينص العهدان الدوليان لسنة 1966 المتعلقان بالحقوق الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية، على ضمان «حق كل فرد في الزواج وفي تأسيس أسرة»، كما أن إعلان سنة 1994 «كسنة دولية للأسرة» من طرف الأمم المتحدة، يؤكد على الأهمية التي يوليها المجتمع الدولي لهذه المؤسسة.

27. كما أن النص على تعريف الأسرة ينسجم مع مقتضيات الفصل 32 من دستور سنة 2011 الذي ينص على أن: « الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع. تعمل الدولة على ضمان الحماية القانونية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة، بمقتضى القانون، بما يضمن وحدتها واستقرارها والمحافظة عليها...».

توصيات

- إضافة فقرة جديدة الى مقتضيات المادة 1 من مدونة الأسرة لتصبح كالتالي:
- «يطلق على هذا القانون اسم مدونة الأسرة، ويشار اليها بعده باسم المدونة.

الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وتتكون من أشخاص تجمع بينهم علاقة الزوجية أو القرابة أو الالتزام.

تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون مع مراعاة مقتضيات المادة الثانية من المدونة.

2- نطاق تطبيق مدونة الأسر

28. رصد المجلس عدة إشكاليات تتعلق بنطاق تطبيق مدونة الأسرة، طبق مقتضيات المادة 2 منها، والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

- تكريس امتياز الذكورة والجنسية والديانة على حساب ضابط الإرادة الذي أصبح يضطلع بأدوار مهمة في حل الإشكاليات المتعلقة بتنازع القوانين في الأنظمة الحديثة؛
- اغفال تنظيم مقتضيات الزواج المختلط في صلب مدونة الأسرة، حيث ما يزال خاضعا لظهير 04 مارس 1960 المتعلق بالأنكحة بين المغاربة والأجانب[4]؛
- اغفال تنظيم زواج الأجانب في صلب مدونة الأسرة، حيث ما يزال خاضعا لمقتضيات ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب[5].

29. ولمعالجة هذه الاختلالات يقترح المجلس تعديل مقتضيات المادة 2 من مدونة الأسرة لتوسيع نطاق حرية الأطراف في حالة الزواج المختلط وزواج الأجانب بالمغرب في اختيار القانون المطبق

4- صدرت كذلك مناشير عن وزارة العدل مثل المنشور رقم 854 بتاريخ 17 ماي 1979 المتعلق بزواج معتنقي الإسلام، والمنشور رقم 1/254 بتاريخ 1982//04/8 الخاص بزواج المسلمين الأجانب بالمغربيات، والمنشور عدد 95/06 بتاريخ 1995/07/13، والمنشور عدد 49 س 2 بتاريخ 2003/06/20، والمنشور عدد 55 س 2 بتاريخ 2003/07/04، وأخيرا منشور وزير العدل عدد 46 س 2 بتاريخ 5 ديسمبر 2006 حول زواج معتنقي الإسلام والأجانب؛

5- تم تمديد نطاق ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب ليشمل جميع أنحاء المغرب بتاريخ 26 يناير 1965.

عليهما. ويستند هذا المقترح إلى ضرورة مراعاة التحولات التي طرأت على طبيعة الهجرات المتوافدة على المغرب والتي أصبحت تتجه من العبور الى الاستقرار. ويعد تنصيص المدونة على القانون المطبق على الأجانب المقيمين بالمغرب بطريقة غير قانونية فرصة من أجل الاسهام في تسوية وضعهم القانوني، كما أن توسيع مجال تطبيق مبدأ سلطان الإرادة، في نص مدونة الأسرة من شأنه أن يعزز هامش التقاطع مع قوانين الأحوال الشخصية في العديد من دول العالم مما يحد من الإشكاليات المتعلقة بتنازع القانون.

توصيات

- **تعديل مقتضيات المادة 2 من مدونة ليشمل نطاقها أيضا الأجانب الموجودين في وضعية غير قانونية؛**
- **تنظيم مسطرة الزواج المختلط وزواج الأجانب مع التنصيص على حق الأطراف في الاتفاق على اختيار القانون الذي يطبق عليهم.**

3- زواج المغاربة بالخارج

30. أتاحت المادة 14 للمغاربة المقيمين بالخارج حرية الاختيار بين ابرام عقود زواجهما إما وفق الشكل العدلي أمام العدلين المنتصبين للإشهاد الملحقان بالسفارات المغربية بالخارج، أو طبقا لقوانين بلدان الإقامة. ورغم أهمية هذه المقتضيات في التيسير على مغاربة العالم وتكريس مبدأ حرية الإرادة في اختيارهم لشكل الزواج، إلا أن مقتضيات هذه المادة تطرح بعض الإشكاليات في التطبيق، أبرزها شرط توفر شاهدين مسلمين، إذ أن عددا من قوانين بلدان الإقامة لا تتيح إمكانية حضور الشهود لمجلس العقد، أو لا تتضمن إمكانية الإشارة الى ديانة الشهود، كما أن أجل 3 أشهر لإيداع عقد الزواج بالمصالح القنصلية المغربية التابع لها محل إبرام العقد، يبقى غير كاف.

31. ولمواجهة هذا الإشكال يقترح المجلس تبسيط إجراءات زواج المغاربة بالخارج بالإبقاء على الخيار المتاح لهم في الزواج وفق الشكل القنصلي أمام العدول، أو ابرام عقد الزواج وفق قانون بلد الإقامة، مع الاكتفاء بشرط الايجاب والقبول، والاستغناء عن ذكر باقي الشروط، لكونها تخضع لقانون بلدان الإقامة، مع اتاحة إمكانية ارسال عقد الزواج الى المصالح القنصلية عن طريق وسائل الاتصال عن بعد، ورفع الأجل المخصص لذلك من 3 إلى 6 أشهر.

32. ويستجيب هذا المقترح لضرورة أن تراعي مدونة الأسرة التحولات التي شهدتها طبيعة الهجرات المغربية الى الخارج، حيث أصبح مغاربة العالم يميلون أكثر للاندماج في بلدان الإقامة. كما أن استمرار التنصيص على مقتضيات إجرائية من قبيل «حضور شاهدين مسلمين»، أو «عدم الاتفاق على اسقاط الصداق» رغم قيمته المعنوية والرمزية[6]، يتنافى مع مقتضيات اتفاقية لاهاي بشأن اخضاع العقود المبرمة بالخارج في إجراءاتها الشكلية لقانون بلد الإقامة، وبالإضافة إلى ذلك فإن الإبقاء على هذه المقتضيات يتنافى مع مبدأ المرونة في التعامل مع قضايا مغاربة العالم.

توصيات

- **تعديل مقتضيات المادة 14 لتصبح كالتالي:**
- **«يمكن للمغاربة المقيمين في الخارج، أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم».**
- **تعديل مقتضيات المادة 15 لتصبح كالتالي:**

«يجب على المغاربة الذين أبرموا عقد الزواج طبقا للقانون المحلي لبلد إقامتهم، أن يرسلوا نسخة منه داخل أجل ستة أشهر من تاريخ إبرامه، الى المصالح القنصلية المغربية التابع لها محل إبرام العقد.

إذا لم توجد هذه المصالح، ترسل النسخة داخل نفس الأجل إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية.

تتولى هذه الأخيرة إرسال النسخة المذكورة إلى ضابط الحالة المدنية وإلى قسم قضاء الأسرة لمحل ولادة كل من الزوجين.

إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، فإن النسخة توجه إلى قسم قضاء الأسرة بالرباط وإلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط».

6- المادة 26 من مدونة الأسرة.

4- ثبوت الزوجية

33. أفرز التطبيق العملي لمقتضيات المادة 16 المتعلقة بوثيقة عقد الزواج وسبل إثبات الزوجية ثلاثة أنواع من الاختلالات:

- رغم أن الهدف من هذه المادة هو تسوية وضعية الأشخاص المتزوجين قبل صدور مدونة الأسرة عن طريق الفاتحة، فإن حصيلة التطبيق أكدت أن غالبية من يلجأ اليها هم الأشخاص الذين تزوجوا بعد صدور مدونة الأسرة.
- رغم انتهاء الفترة الانتقالية المحددة في 15 سنة في 2019 لسماع دعوى الزوجية فإن بعض المحاكم استمرت في اثبات الزواج العرفي، اعتمادا على مقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة التي تحيل على الفقه المالكي.
- شجع عدم وجود جزاء على مخالفة المقتضيات المتعلقة بتوثيق الزواج أو أنواع الزواج التي تحتاج الى إذن قضائي، بعض المتقاضين على استغلال مقتضيات المادة 16 للتحايل على مقتضيات تعدد الزوجات وتزويج الطفلات في حالة رفض القضاء لذلك، من خلال الاكتفاء بإبرام زواج عرفي ثم تقديم طلب لاحق أمام القضاء للاعتراف به.

34. ولمعالجة هذه الاختلالات الثلاثة وغيرها يقترح المجلس ما يلي:

أولا: حذف الفقرة الثانية من المادة 16 من مدونة الأسرة.واعتبار عقد الزواج هو الوسيلة الوحيدة المقبولة لإثبات الزواج، مع حماية الأوضاع السابقة في إطار الحقوق المكتسبة التي يسري عليها مبدأ عدم رجعية القوانين، وحماية حق الطفل في النسب في جميع الأحوال بغض النظر عن الوضعية العائلية للأبوين.

ثانيا: تبسيط إجراءات الزواج بحذف مسطرة الاذن القضائي بتوثيق الزواج في المساطر العادية وتوسيع صلاحيات توثيق عقود الزواج لتشمل أيضا ضباط الحالة المدنية إلى جانب الاختصاص الأصيل للعدول، وذلك لمواجهة كل حالات الاستثناء التي يتعذر فيها على الأشخاص ابرام زواج وفق الشكل العدلي لتواجدهم في مناطق نائية.

35. ويتوخى هذا المقترح التصدي للارتفاع المستمر لقضايا ثبوت الزوجية التي تتجه نحو الارتفاع. فبينما لم تتجاوز سنة 2004 ما مجموعه 6918 حكما فقد سجلت سنة 2018 ما مجموعه 13431 حكما، لتصل الى 14736 حكما سنة 2019، وقد عرفت فترة الشهرين الأوليين من سنة 2019 قبل انتهاء الأجل المحدد لسماع دعوى الزوجية، تسجيل ما يناهز 4000 قضية[7]، وهو ما يبرز أن التنصيص على فترة انتقالية لسماع دعوى الزوجية لم يساعد على احتواء الظاهرة، بل أدى إلى تفاقمها.

7- المجلس الأعلى للسلطة القضائية، تقرير حول القضاء الأسري بالمغرب، ص 23 وما بعدها.

36. ورغم أن المبررات القضائية المعتمدة في تقديم طلبات سماع دعوى الزوجية تتعلق في حالات كثيرة بوجود عراقيل قانونية وواقعية مثل عدم التوفر على الوثائق الإدارية اللازمة، أو البعد عن مكاتب العدول، فإن المجلس وقف على حالات يتم فيها استغلال الفقرة الثانية من المادة 16 من أجل التحايل على المساطر القانونية وخاصة المتعلقة بزواج القاصر، وتعدد الزوجات. وفي هذا السياق كشفت دراسة تشخيصية لرئاسة النيابة العامة، صدور حوالي 13843 حكما يتعلق بثبوت الزوجية أحد طرفيها قاصر. ويشمل هذا الرقم 18 قسما فقط من أقسام قضاء الأسرة، كما أنه لا يغطي سوى فترة خمس سنوات ما بين 2015 و2019، ويلاحظ أن 94 بالمائة من هذه الدعاوى رفعت الى القضاء بعد بلوغ الطرف القاصر سن الرشد القانوني، في حين لم تتجاوز الدعاوى المتعلقة بثبوت الزوجية المرفوعة قبل بلوغ الطرف القاصر لسن الرشد القانوني 825 حالة، أي ما لا يتجاوز 6 بالمائة[8].

توصيات

- **حذف الفقرة الثانية من المادة 16 والاكتفاء بالفقرة الأولى التي تنص على ما يلي: «تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج».**
- **تبسيط إجراءات توثيق الزواج، بحذف مسطرة الاذن القضائي بتوثيق الزواج في المساطر العادية وتخويل ضباط الحالة المدنية صلاحية توثيقه إلى جانب العدول.**
- **حماية حق الطفل في النسب بغض النظر عن الوضعية العائلية للأبوين.**

5- تزويج الأطفال

37. يسجل المجلس مجموعة من الاختلالات المرتبطة بتطبيق المادة 20 التي تجيز إمكانية الزواج دون بلوغ السن القانوني، أبرزها ما يلي:

- عدم تحديد سن أدنى لزواج من هم دون 18 سنة؛
- عدم التنصيص على وجوب استماع المحكمة/القاضي للطفل/القاصر الذي يبدو أجنبيا على هذه المسطرة، بل وقد يتم التعامل معه كموضوع وليس كطرف معني بهذه المسطرة، بحيث لا تظهر ارادته إلا بشكل اجرائي عند التوقيع الى جانب نائبه الشرعي؛

8- دراسة تشخيصية لرئاسة النيابة العامة واليونسيف حول زواج القاصر، نوفمبر 2021، ص 91 وما بعدها.

- عدم التنصيص على وجوب الاستماع الى الخاطب لاكتمال وضوع عناصر المصلحة التي يتم البحث عنها في زواج الطفلة أو الطفل، حيث يعتبر الخاطب أجنبيا على مسطرة تزويج القاصر، وهو ما قد يعرض هذا الأخير الى عدة مخاطر من قبيل أن يصدر مقرر قضائي بكون الطفل أو الطفلة قادرة على الزواج، ثم يتم تزويجها بشخص يكبرها سنا، أو يتواجد بالسجن من أجل جرائم تتعلق بالاعتداءات الجنسية ضد الأطفال...
- عدم التنصيص على ضرورة أن يكون الطرف الثاني راشدا، مما يعني أن المدونة سمحت بإمكانية زواج الأطفال؛
- عدم وضوح مفهوم المصلحة، لتحديد ما إذا كان المقصود بها مصلحة الطفل أم مصلحة أسرته؟ وهل هي مصلحة آنية أم مستقبلية؟ هل ينبغي أن تكون مصلحة مؤكدة أم يكفي أن تكون مصلحة محتملة؟ وما هو المعيار المعتمد عليه لتقديرها؟
- عدم التنصيص على الزامية القيام بالخبرة الطبية والبحث الاجتماعي معا لأن المشرع استعمل عبارة «أو» التي تفيد التخيير؛
- عدم جدوى التنصيص على وجوب تعليل المقرر الصادر بالإذن بتزويج قاصر طالما أن المشرع نص على عدم إمكانية الطعن فيه في حالة الاستجابة الى الطلب؛
- عدم التنصيص على جزاء في حالة عدم احترام المقتضيات الواردة في المادة 20 من مدونة الأسرة، من خلال الاكتفاء بإبرام زواج الفاتحة أي الزواج بطريقة غير قانونية.

38. واعتبارا لكل ما سبق يرى المجلس أن مسطرة زواج الأطفال المنصوص عليها في المواد 20 وما يليها من مدونة الأسرة، تحولت من استثناء الى قاعدة، حيث سجلت المحاكم ما مجموعه 391 128 طلبا للإذن بزواج القاصر، خلال الفترة ما بين عام 2017 وعام 2021 بمعدل سنوي قدره 25 678 طلبا[9]، كما أن المحاكم تستجيب الى ما يناهز 46 %من الطلبات التي تتعلق أساسا بطفلات مما يؤكد تأنيث هذه الظاهرة.

39. ولمعالجة هذه الاختلالات يقترح المجلس حذف الاستثناء الوارد في المواد 20 وما يليها من مدونة الأسرة المتعلقة بزواج القاصر، وتثبيت القاعدة المتعلقة بتحديد سن الزواج في 18 سنة شمسية كاملة.

40. ويستند هذا المقترح على ضرورة ملاءمة تعزيز الحماية القانونية للطفل في مدونة الأسرة وملاءمتها مع المواثيق الدولية التي صادقت عليها المملكة، وخاصة اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 التي تعرف الطفل بكونه «كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة ما لم يبلغ الرشد قبل ذلك

9- المجلس الأعلى للسلطة القضائية: تقرير حول القضاء الأسري بالمغرب، المجلس الأعلى للسلطة القضائية، يناير 2023، ص 15.

بموجب القانون المطبق عليه»، إضافة إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي تمنع في مادتها 16 زواج الأطفال، حيث تنص في الفقرة الأخيرة من هذه المادة على أنه» لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني». ويؤكد المجلس أن منع زواج الأطفال هو السبيل الوحيد للحد من تفاقم الزواج المبكر وما يرتبه من مخاطر على حياة الفتيات وصحتهن وسبل ادماجهن في التنمية، بسبب ما يفوته عليهن من فرص التعليم والتكوين والنمو داخل الأسرة، وتعريضهن لمخاطر الحمل المبكر.

41. كما يشكل اعتماد هذا المقترح فرصة للتفاعل الإيجابي مع ملاحظات وتوصيات لجان المعاهدات، وخاصة لجنة حقوق الطفل التي اعتبرت أن زواج الأطفال والزواج القسري ممارسات تقليدية مضرة، وبأن مفهوم مصلحة الطفل الفضلى تهدف الى ضمان التمتع الكامل والفعلي بجميع الحقوق المعترف بها في الاتفاقية والنمو الشمولي للطفل، وأعربت اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، ولجنة حقوق الطفل معا، عن القلق إزاء استمرار وجود ممارسة تزويج الأطفال، وأوصتا الدول الأطراف بحظره، وذلك بتعديل التشريعات والممارسات، وبالنص على أن سن 18 سنة هو الحد الأدنى لسن الزواج، وهو ما أكدته لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم 31، كما وجهت نفس التوصية الى المغرب بمناسبة مناقشة تقريريه الدوريين الخامس والسادس حيث أوصت وبشكل واضح بإلغاء «المادة 20 من قانون الأسرة دون إبطاء بحيث لا يسمح بعد الآن بالاستثناءات من الحد الأدنى لسن الزواج».[10]. كما تجدر الإشارة إلى أن لجنة مناهضة التعذيب قد اعترفت بدورها بأن تزويج الأطفال قد يشكل معاملة قاسية، أو لاإنسانية، أو مهينة، لا سيما اذا لم تحدد الحكومات حدا أدنى لسن الزواج بتقيد بالمعايير الدولية[11]. وقدم الفريق العامل المعني بالاستعراض الدوري الشامل للمغرب خلال دورة مجلس حقوق الانسان تقريرا يشمل توصيات الدول الأعضاء ومن أهمها: التوصية رقم 25.129 المقدمة من دولة سلوفاكيا بشأن زواج الأطفال، والتي تدعوه من خلالها الى اعادة النظر في مدونة الأسرة واعتماد تدابير مناسبة أخرى لمنع الزواج دون سن الأهلية القانونية وتنفيذها.

وبالإضافة إلى ما سبق، يرى المجلس أن تحديد سن الزواج في 18 سنة من شأنه تعزيز جهود محاربة الفقر والهشاشة في أوساط النساء التي ترتبط إلى حد كبير بظاهرة تزويج الطفلات. ففي الوقت الذي تؤكد فيه احصائيات المندوبية السامية للتخطيط ارتفاع متوسط سن الزواج، لدى الجنسين، يلاحظ في المقابل تزايد نسب تزويج الطفلات[12]، وقد أكدت دراسة المجلس الوطني لحقوق الانسان

10-- اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة: الملاحظات الختامية بشأن التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الخامس والسادس للمغرب، رقم الوثيقة /C MAR/CO/5-6بتاريخ 12 يوليوز 2022.

11--الملاحظات الختامية للجنة مناهضة التعذيب بشأن بلغاريا (CAT/C/BGR/CO4-5)، وبشأن اليمن (CAT/C/YEM/CO/2/REV.1).

12- المندوبية السامية للتخطيط: المرأة المغربية في أرقام، أكتوبر 2023.

حول المبررات القضائية المعتمدة في تزويج الطفلات، أن الطلبات المقدمة الى المحاكم غالبا ما تكون مبررة بالهشاشة الاجتماعية وترتبط بالفقر واليتم والانقطاع عن التمدرس والأعراف[13]، كما أكدت دراسة رئاسة النيابة العامة فشل غالبية هذه الزيجات[14]، في الوقت الذي أصبحت فيه ظاهرة تزويج الطفلات تأخذ صورا أكثر التباسا وانتهاكا لحقوق الطفلات مثل زواج الكونترا أو الزواج العرفي، مما يكون معه التدخل التشريعي ضرورة ملحة واستعجالية[15].

توصيات

- **حذف المواد من 20 الى 22 من مدونة الأسرة.**
- **تجريم تزويج الأطفال والمشاركة في ذلك.**

6- تعدد الزوجات

42. نظمت مدونة الأسرة المقتضيات المتعلقة بتعدد الزوجات في المواد 39 الى 46 حيث نصت **المادة 40** منها على أنه «يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها».

43. ورغم أن مدونة الأسرة قيدت تعدد الزوجات بعدة قيود، من بينها عدم وجود شرط في عقد الزواج من طرف الزوجة بعدم التعدد عليها، وضرورة إثبات الزوج لتوفره على الإمكانيات المالية الكافية لإعالة أسرتين، مع اثباته للمبرر الاستثنائي الموضوعي لطلب التعدد، فإن المجلس يسجل وجود تفاوت المحاكم في تقدير شرط المبرر الاستثنائي الموضوعي في الطلبات المقدمة أمام القضاء، وأبرزها الحالات المتعلقة بعدم قدرة الزوجة على الانجاب، رغبة الزوج في إنجاب الذكور، الوضعية الصحية للزوجة، رفض الزوجة المقيمة بالخارج الالتحاق ببيت الزوجية المعد لها بالمغرب، ارجاع المطلقة بعد الزواج بأخرى حفاظا على مصلحة الأبناء، وجود علاقة قائمة واقعا نتج عنها حمل وولادة، رغبة الزوج في التعدد مع موافقة الزوجة وتوفره على الإمكانيات.

13- المجلس الوطني لحقوق الانسان: المبررات القضائية المعتمدة في تزويج الطفلات، موجز تنفيذي لدراسة أعدها المجلس بتعاون مع صندوق الأمم المتحدة للسكان، نونبر 2022.

14- رئاسة النيابة العامة: دراسة تشخيصية حول زواج القاصر، اعدت من بتعاون مع منظمة اليونسيف، نونبر 2021.

15- فريدة بناني، تزويج الطفلات عنف مؤسسي ورق واتجار بالبشر، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2023، ص 483.

44. كما يلاحظ في الواقع العملي استغناء بعض المحاكم عن التأكد من توافر باقي شروط التعدد في حالة موافقة الزوجة الأولى، واعتبار هذه الموافقة بمثابة مبرر استثنائي موضوعي لقبول الطلب[16]، في المقابل تحال الزوجة تلقائيا على مسطرة التطليق للشقاق في حالة رفضها وتمسك الزوج بطلب التعدد.

45. ويسجل المجلس كذلك أن تطبيق النص في الواقع العملي لم يحل دون ظهور مجموعة من الطرق للتحايل على المقتضيات المتعلقة بتعدد الزوجات من خلال لجوء الأزواج الى ما يلي:

- تطليق الزوجة الأولى، وابرام زواج جديد، ثم تقديم طلب للتعدد يستند على الرغبة في جمع شمل الأسرة الأولى؛
- عدم احترام القرار القضائي برفض طلب التعدد، واللجوء الى ابرام زواج عرفي، وتقديم طلب لثبوت دعوى الزوجية دون احترام مسطرة التعدد؛
- استعمال الاذن بالتعدد لأكثر من مرة، وابرام أكثر من زواج تعدد بواسطة نفس الاذن، مستغلين في ذلك عدم التنصيص على اسم الزوجة المراد التزوج بها[17]؛

46. كما أدى عدم تنصيص المشرع على جزاء قانوني لخرق الإجراءات المتعلقة بتقييد تعدد الزوجات الى تفاوت المحاكم في تجريم هذا الفعل، حيث تلجأ بعض النيابات العمومية في حالة تقدم الزوجة بشكاية ضد زوجها الى تحريك المتابعة بالخيانة الزوجية، وقد اعتبر القضاء في هذا الصدد أن تحايل الزوج على مقتضيات تعدد الزوجات من خلال زواج الفاتحة يعد بمثابة عنف نفسي ضد الزوجة الأولى[18]، وهو ما يؤكد أن الإبقاء على تعدد الزوجات يسهم في عدم الاستقرار الأسري.

47. ولتجاوز الإشكالات التي أفرزها تطبيق المقتضيات المتعلقة بتعدد الزوجات، يقترح المجلس حذفها والتنصيص على منع التعدد.

48. ويذكر المجلس في هذا الصدد بأن اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة تعتبر تعدد الزوجات أمرا مناف لكرامة النساء والفتيات، وتذكر بالالتزامات الصريحة للدول الأطراف في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي تقتضي منها كبح ممارسة تعدد الزوجات وحظرها لكونها منافية للاتفاقية[19].

16- قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد: 1861 في الملف رقم 1618/12/584، صادر بتاريخ 2012/5/21.

17- منشور الرئيس المنتدب رقم 22/45 بتاريخ 14 أكتوبر 2022.

18-- حكم المحكمة الابتدائية بالقصر الكبير، في الملف رقم: 2021/2103/429 صادر بتاريخ 2021/12/09.

19--الفقرتان 25 و29 من التوصية العامة رقم 31 بشأن الممارسات الضارة الصادرة بصفة مشتركة بين اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة ولجنة

49. كما يرى المجلس أن هذا المقترح يستجيب للتحولات الثقافية والاجتماعية التي أدت إلى تراجع ظاهرة التعدد في المجتمع المغربي. وفي هذا الإطار تؤكد الاحصائيات الرسمية[20] أن تعدد الزوجات أصبح نادرا داخل المجتمع المغربي، إذ لا يشكل الا نسبة لا تتعدى 0.66% من مجموع أذونات الزواج التي تصدرها المحاكم، وقد تم تسجيل 20000 طلب للإذن بالتعدد بين سنتي 2017 و2021، شكلت نسبة رفضها 61.13 %، فيما بلغت نسبة الاستجابة لهذه الطلبات 38.87%.

50. كما ينسجم هذا المقترح مع القراءات المتجددة للنصوص المتعلقة بتعدد الزوجات التي تؤكد على أهمية وضعها في سياقها التاريخي، وعلى إمكانية تقييد المباح، من أجل درء المفاسد المترتبة عن التعدد، خاصة وأنه مشروط بالعدل، انطلاقا من الآية 3 من سورة النساء: «فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة»»، الآية 129 من سورة النساء:»ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم».

توصيات

- **تعديل المادة 39 المتعلقة بالموانع المؤقتة بحذف الفقرات 1 و2 و5 وتعديل الفقرة 6 لتصبح كالتالي: «وجود المرأة أو الرجل في علاقة زواج».**
- **حذف المواد من 40 الى 46 من مدونة الأسرة، والمواد ذات الصلة بتعدد الزوجات.**

7- اختلاف الدين في الزواج

51. نصت المادة 39 من مدونة الأسرة على أنه من بين موانع الزواج المؤقتة: "زواج المسلمة بغير المسلم، والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية». ويطرح اختلاف الدين كمانع من الموانع المؤقتة للزواج عدة إشكاليات حقوقية وأخرى واقعية، تتجلى أساسا في تقييد حرية الأطراف في الزواج والتمييز بين الرجل والمرأة في حرية اختيار الزوج، وهو ما يتعارض مع الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب وخاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. وفضلا عن ذلك فإن هذا الشرط يتعارض مع قوانين بلدان الإقامة في عدد من التشريعات المقارنة لتعارضه مع النظام العام مما يؤدي الى استبعاد مدونة الأسرة من التطبيق على الجالية المغربية المقيمة بالخارج مما يثير إشكالية تنازع القوانين؛

حقوق الطفل.

20- المجلس الأعلى للسلطة القضائية: تقرير حول القضاء الأسري بالمغرب يناير 2021، ص 74 وما بعدها.

52. ولمعالجة الإشكالات الناجمة عن اختلاف الدين في الزواج يقترح المجلس ملاءمة مدونة الأسرة مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية المصادق عليها عن طريق حذف اختلاف الدين من الموانع المؤقتة للزواج، وتكريس حق الزوجين الراشدين في حرية اختيار الزوج.

53. إن حذف اختلاف الدين من موانع الزواج المؤقتة يجد سنده في مبررات قانونية وأخرى واقعية، يمكن ابرازها فيما يلي:

- ينص تصدير الدستور على حظر ومكافحة كل أشكال التمييز، بسبب المعتقد أو أي وضع شخصي مهما كان، كما يؤكد على مبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الوطنية، وينص في فصله 19 على أنه: "يتمتع الرجل والمرأة، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية؛

- تنص المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أنه: «تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة: أ- نفس الحق في الزواج، ب-نفس الحق في حرية اختيار الزوج ...»؛

- أن نص المادة لا يواكب التعديلات المتلاحقة على التشريعات المتعلقة بالأسرة بالمغرب التي كرست وبشكل تدريجي حرية الزوجين في اختيار الزوج، وحرية الزوجة بالأساس في اختيار زوجها، لذلك تم اعتماد آلية الاجتهاد لإلغاء ولاية الاجبار التي كانت مقررة في مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957، وإلغاء شرط الكفاءة، واعتبار الولاية في الزواج حقا للمرأة الرشيدة، تمارسه بكامل حريتها، ويعتبر الغاء اختلاف الدين مظهرا من مظاهر احترام مبدأ الرضى في الزواج؛

- كما أن المادة المذكورة لم تعد تساير الاجتهاد القضائي الذي سجل تحولا ملموسا في التعامل مع حالات اختلاف الدين في الزواج. فبعدما كان اتجاه القضاء حاسما في بطلان هذه الزيجات في ضوء مدونة الأحوال الشخصية الملغاة في إطار تصور صارم في تطبيق مفهوم النظام العام[21]، أصبح يعترف ببعض الآثار المترتبة عن هذه الزيجات، في إطار مبدأ المرونة[22] الذي أصبح ينظم قضايا مغاربة المهجر. وهكذا ولأول مرة أقرت محكمة النقض مبدأ الأثر المخفف للنظام العام، حينما اعترفت بطلاق اتفاقي تم بين مغربية مسلمة،

21- ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط إلى رفض تذييل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية بعلة أن القانون الهولندي لا سلطة له على الحالة الشخصية لمغربيين متزوجين وفق مدونتهما الشخصية، ووفق الأحكام الإلهية الشرعية"

- قرار رقم 44 ملف رقم 10/2000/6727 بتاريخ 2001/04/30.

22- خالد برجاوي: تقييم مدونة الأسرة من زاوية القانون الدولي الخاص، مقال منشور بمجلة مرافعة عدد 16 أكتوبر 2005 ص 49.

وأجنبي غير مسلم؛ واعتبرته لا يشكل أي مساس بالنظام العام، طالما أن المطلوب هو إنهاء العلاقة الزوجية، بغض النظر عن شرعيتها[23]، كما اعترفت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء[24] بزواج بين مغربية مسلمة وفرنسي، رغم معارضة النيابة العامة، ودون أن يدلي الطرف غير المسلم بوثيقة تؤكد اعتناقه للإسلام، وقد عللت موقفها بأن: «إدلاء الطرف الأجنبي بما يفيد إعلانه لإسلامه ليس من الوثائق الجوهرية في الزواج المنعقد بالخارج..»، وبأن «عقود الزواج المختلط تخضع في شكل انعقادها لقانون البلد الذي أبرمت فيه طبقا لمبادئ القانون الدولي الخاص، ولاتفاقية لاهاي في المادة الثانية فيها، والتي تبناها المشرع المغربي في الفصل 11 من ظهير 1913/08/12 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب، وتم الاتفاق على هذا المبدأ في الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المغرب وفرنسا بتاريخ 1981/08/10.

- ومن جهة أخرى يسجل المجلس تزايد اتساع الهوة بين هذه المادة والواقع الذي يفترض أن تنظمه، حيث تؤكد الاحصائيات الرسمية أن معدلات الزواج المختلط في ارتفاع متزايد، إذ تم ما بين 2017 و2021 تقديم 27626 طلبا لتوثيق زواج مختلط، وهو ما يمثل 2.34 من مجموع طلبات توثيق الزواج التي قدمت للمحاكم، وتؤكد الإحصائيات الرسمية أن النساء المغربيات أكثر إقبالا على الزواج بالأجانب مقارنة مع الرجال، حيث وصلت نسبة الحالات التي يكون فيها الخاطب أجنبيا والمخطوبة مغربية حوالي 73 بالمائة، في مقابل 27 بالمائة فقط من الحالات التي يكون فيها الخاطب مغربيا والمخطوبة أجنبية.

- يؤكد الواقع العملي أن منع زواج المسلمة بغير مسلم في مدونة الأسرة لم يحل دون إبرام هذا الزواج بشكل واقعي، إما خارج المغرب وفق قانون بلد الإقامة، أو داخل المغرب من خلال الاكتفاء بالإدلاء بما يفيد اعتناق الطرف غير المسلم للإسلام حتى وان كان هذا الاعتناق شكليا، لضمه لملف الزواج. ويظهر توزيع الزيجات المختلطة بحسب جنسية الأجانب الراغبين في الارتباط بمغربيات أن الفرنسيين يأتون في المقدمة بنسبة 21%سنة 2021، ثم الأمريكيون بنسبة 18%، ثم الألمانيون بنسبة 7%، ثم الإسبان بنسبة 5 %، ثم مواطنو دول أخرى مثل المملكة المتحدة وروسيا الاتحادية كندا بنسبة تعادل 12%.

- تؤكد بعض القراءات المتجددة للنصوص التي تمنع زواج المسلمة بغير مسلم على ضرورة مراعاة سياقها التاريخي[25]، واستحضار التحولات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي

23- قرار عدد 106، صادر بتاريخ 2006/04/17، في الملف عدد 10/2006/30 منشور، بمجلة قضاء الأسرة، العدد 3 دجنبر 2006، ص 128.

24- قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 1413 الصادر بتاريخ 2007/5/23 في الملف 71/2007.

25- الحسين بلحساني: أثر اختلاف الدين على الزواج المختلط في النظام القانوني المغربي، مقال منشور بالمجلة المغربية للإقتصاد والقانون، العدد الخامس، 2002، ص 110.

عرفتها المجتمعات المعاصرة[26]، ومراعاة التحولات التي عرفتها طبيعة هجرة المغاربة الى الخارج والتي أصبحت ابتداء من القرن الواحد والعشرين، هجرة مؤنثة، بهدف الدراسة والعمل، بعدما كانت هجرة النساء سابقا مرتبطة بقوانين التجمع العائلي[27]، وإذا كان المنع الفقهي لزواج المسلمة بغير مسلم يستند في جوهره على فكرة القوامة وعلى رئاسة الزوج للأسرة، فإن مدونة الأسرة كرست مبدأ الرعاية المشتركة للزوجين وألغت مفهوم القوامة، مكرسة بذلك مبدأ الحقوق والالتزامات المتبادلة للزوجين فيما بينها، ومسؤوليتهما المشتركة في تربية الأبناء، مما يجعل المبررات الفقهية التي استند عليها هذا المنع قابلة للتقييم لكل شخص بحسب قناعاته الفردية واعتقاده.

توصية

- **حذف اختلاف الدين من الموانع المؤقتة للزواج المنصوص عليها في المادة 39.**

8- تدبيرو اقتسام الأموالـــ المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية

54. أقرت المادة 49 من مدونة الأسرة مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين، وأجازت لهما أيضا في إطار مبدأ حرية الإرادة الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج على وضع إطار لتدبير الأموال المكتسبة بعد الزواج. وتطرح هذه المقتضيات عدة إشكاليات أبرزها:

- مشكلة غياب المعلومات الكافية المقدمة الى الخطيبين حول طرق «تدبير الأموال المكتسبة بعد الزواج»؛
- ندرة لجوء الأزواج الى ابرام عقود مستقلة لتدبير الأموال المكتسبة، حيث لم تتجاوز 0,5% من نسبة عقود الزواج المبرمة[28]، وذلك نظرا لعوامل ثقافية تجعل الأزواج أو العائلات تحجم عن مناقشة الأمور المالية قبل ابرام عقد الزواج، فضلا عن عدم العلم بمقتضيات المادة 49، واحجام بعض العدول عن اشعار المقبلين على الزواج بمقتضياتها، في مجلس إبرام العقد؛

26- أحمد الخمليشي: من مدونة الأحوال الشخصية الى مدونة الأسرة، دار نشر المعرفة بالرباط، طبعة 2012، الجزء الأول، ص 174.

27- الحسين بالحساني: أثر اللبس المرجعي على وضعية المرأة في النظام القانوني المغربي، مداخلة في ندوة تحت عنوان "النساء ودولة الحق والقانون"، أشغال الملتقى الدولي المنظم يومي 19 و20 أبريل 2002 بكلية الحقوق السويسي الرباط ص 43.

28- بحسب احصائيات وزارة العدل لسنة 2021.

- عدم توضيح المادة 49 من مدونة الأسرة لأنواع الأنظمة المالية الممكن اختيارها، باستثناء تنصيصها على نظام استقلال الذمة المالية، وهو ما جعل مقتضيات هذه المادة غامضة لدى المقبلين على الزواج بسبب عدم تحديد التزامات كل الطرفين وحقوقهما بحسب كل نظام مالي، ومدى إمكانية تغيير النظام المالي الذي تم اختياره، وطريقة تصفية الأموال؛

- الرجوع الى القواعد العامة للإثبات في غياب عقد تدبير الأموال المكتسبة على النحو الذي تحدده المادة 49 من المدونة، يطرح إشكالية عبء الاثبات داخل العلاقة الزوجية وما تفرضه من ثقة متبادلة بين الزوجين تجعلهما لا يأخذان احتياطاتهما المسبقة للاحتفاظ بما يثبت مساهمتهما في تنمية أموال الأسرة، ويؤدي اخضاع الاثبات الى القواعد العامة الى الاضرار بالزوج الذي لم تسجل أموال الأسرة باسمه، كما يطرح مشكلة تحديد المقصود بالقواعد العامة، وما اذا كانت تعني وسائل الاثبات المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود[29]، أم تشمل أيضا العرف المحلي المعروف بالكد والسعاية[30]؛

- تنصيص المادة 49 على ضرورة «مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمّله من أعباء لتنمية أموال الأسرة» يطرح اشكالية موقف القضاء من العمل المنزلي والذي يبقى متفاوتا وغير منسجم، يتراوح بين اتجاه يعتبر العمل المنزلي واجبا على الزوجة طبقا للمادة 51 من المدونة التي تنص على أن تتحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال[31] ، واتجاه ثان يعتبر العمل المنزلي من طرف الزوجة مساهمة في تنمية أموال الزوج ومساهمة منها في تكوين الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية[32]؛

29- أنظر القسم السابع من قانون الالتزامات والعقود المتعلق بإثبات الالتزامات واثبات البراءة منها.

30- يقصد بالكد والسعاية في الاصطلاح الفقهي العمل والجهد والكد الذي يساهم به الساعي ايجابيا في تكوين رأسمال أو تنميته، وهو يختلف باختلاف العمل المنجز وباختلاف القائم به. وقد اشترط بعض الفقهاء لاستحقاق الساعي نصيبه من أموال السعاية أن يصرح أن سعيه وكده ليس على سبيل التطوع. أنظر لمزيد من التفاصيل

محمد مومن، حق الكد والسعاية- دراسة لحق المرأة في اقتسام الممتلكات المكتسبة خلال الزواج في ضوء بعض الأعراف المغربية- المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الأولى 2006، ص 19.

31- جاء في قرار لمحكمة النقض: "المحكمة لما لم يثبت لها بمقبول أن الطاعنة ساهمت فعليا في تنمية أموال الأسرة، واعتبرت أن الخدمة المنزلية من التزاماتها العادية، طبقا للمادة 51 من مدونة الأسرة، وقضت برفض الطلب، فإنها طبقت القانون، وعللت قرارها تعليلا كافيا".

قرار محكمة النقض عدد 770، صادر بتاريخ 2016/12/06 في الملف الشرعي عدد 2016/1/2/154.

32- اعتبرت محكمة النقض أن:"الزوجة يحق لها طلب الحصول على مقابل عما ساهمت به في تنمية الأموال المكتسبة أثناء الزوجية، كما أن تقدير نسبة مساهمتها في تنمية هذه الأموال يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة"

-قرار محكمة النقض، عدد 579، صادر بتاريخ 11 /11/ 2006، في الملف عدد 2006/1/2/245.

- يلاحظ أن نصيب الزوجين من الأموال المكتسبة يطرح في حالة انفصال العلاقة الزوجية بالطلاق والتطليق، ولا توضح هذه المادة مدى إمكانية مطالبة الأزواج بنصيبهم من هذه الأموال أثناء قيام العلاقة الزوجية، أو في حالة الوفاة، حيث تختلط التركة بنصيب الزوجة أو الزوج الباقي على قيد الحياة.

55. وللتغلب على هذه الإشكاليات يقترح المجلس تدقيق مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة لتكون أكثر وضوحا، من خلال التنصيص على أنواع الأنظمة المالية التي يمكن للأطراف اختيارها، وحقوق الطرفين والتزاماتهما، واجراءات تغيير النظام المالي وتصفية الأموال.

56. ومن أجل إعطاء قوة ملزمة للمادة 49 يقترح المجلس الى جانب واجب العدول في اشعار المتعاقدين بمقتضيات هذه المادة، إضافة بند الى نموذج عقد الزواج، يتعلق باختيار الزوجين للنظام المالي، واضافة نموذج يحدد بقرار لوزير العدل يتضمن الأنظمة المالية الموجودة وحقوق والتزامات الطرفين بحسب كل نوع نظام مالي يتم اختياره.

57. ومن أجل تجاوز إشكاليات تقدير العمل المنزلي يقترح المجلس التنصيص في المادة 49 على أن العمل المنزلي من طرف أحد الزوجين يعتبر مساهمة منهما في تنمية أموال الأسرة.

58. تستند هذه المقترحات إلى الاعتبارين الأساسيين التاليين:

أولا: الاستجابة لتوصية لجنة حقوق المرأة المغرب بسن أحكام قانونية تكفل للمرأة، عند فسخ الزواج، حقوقا متساوية في الممتلكات المكتسبة أثناء الزواج، تماشيا مع ما تنص عليه المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من واجب الدول الأطراف في اتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل والمرأة: «-ح: نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات، والإشراف عليها، وإدارتها، والتمتع بها، والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمة».

ثانيا: تعزيز قدرة القوانين الوطنية على المساهمة في تحقيق الهدف الخامس من أهداف التنمية لسنة 2030 الذي ينص على الاعتراف بأعمال الرعاية غير مدفوعة الأجر، والعمل المنزلي، وتعزيز تقاسم المسؤولية المعيشية داخل الأسرة، وتقدير كل ذلك من خلال وضع سياسات الحماية الاجتماعية.

توصيات

- تعديل المادة 49 وذلك ب:
- إضافة عبارة العمل المنزلي للفقرة الأخيرة من المادة 49 لتصبح كالتالي: مع مراعاة العمل المنزلي لكل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمّله من أعباء لتنمية أموال الأسرة».
- إضافة بند الى نموذج عقد الزواج، يتعلق باختيار الزوجين للنظام المالي.
- اضافة نموذج يحدد بقرار لوزير العدل يتضمن الأنظمة المالية الموجودة وحقوق والتزامات الطرفين بحسب كل نوع نظام مالي يتم اختياره ضمانا للموافقة المستنيرة.
- تعديل المادة 65 من مدونة الأسرة بإضافة مطبوع خاص يتعلق بالأنظمة المالية يحدد شكله ومضمونه بقرار لوزير العدل.
- تعديل المادة 322 من المدونة الخاصة بالحقوق المتعلقة بالتركة، بإضافة نصيب أحد الزوجين من الأموال المكتسبة بعد الزواج لتصبح كالتالي: «تتعلق بالتركة حقوق خمسة تخرج على الترتيب الآتي: 1- الحقوق المتعلقة بعين التركة، 3-نفقات تجهيز الميت بالمعروف، 3-ديون الميت، بما فيها نصيب الزوج من الأموال المكتسبة بعد الزواج، 4-الوصية الصحيحة النافذة، 5-المواريث بحسب ترتيبها في هذه المدونة»؛

9- الطلاق والتطليق

59. خصصت مدونة الأسرة الكتاب الثاني منها لانحلال ميثاق الزوجية وآثاره، حيث نصت على أنه: لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو بالتطليق إلا استثناء، وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين، لما في ذلك من تفكيك للأسرة وإضرار بالأطفال[33]، كما أشارت إلى أن عقد الزواج ينحل بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع[34]، و تترتب على انحلال عقد الزواج آثاره المنصوص عليها في هذه المدونة، وذلك من تاريخ: وفاة أحد الزوجين أو الحكم بوفاته؛ الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع[35].

33- المادة 70 من مدونة الأسرة.
34- المادة 71 من مدونة الأسرة.
35- المادة 72 من مدونة الأسرة.

60. يرى المجلس أن تطبيق المقتضيات المتعلقة بانحلال ميثاق الزوجية أفرز العديد من الاختلالات التي يمكن إجمالها بشكل تركيبي في الإشكالات الثلاث التالية:

أ- رغم أن مدونة الأسرة أخضعت جميع أنواع الطلاق والتطليق لرقابة القضاء، فإنها أبقت على تمييز غير مبرر بين الزوجين في ممارسة المساطر القانونية المتاحة، حيث وضعت مساطر خاصة للزوج وهو الطلاق الانفرادي، ومساطر متاحة للزوجين معا ويتمثلان في التطليق للشقاق والطلاق الاتفاقي، ومساطر متاحة للزوجة فقط مثل التطليق لأحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98، وطلاق الخلع. وقد أدى هذا الوضع الى خلق تمييز على مستوى الواقع من خلال عدم قبول طلبات التطليق المقدمة من طرف أزواج رجال في حالة غيبة الزوجة، أو للضرر، بعلة أن هذه المساطر متاحة للزوجات فقط؛

ب- إبقاء مدونة الأسرة على التمييز بين مساطر الطلاق والتطليق، بحيث تستوجب قيام الأزواج بعد صدور الحكم القضائي باستنفاذ إجراءات الاشهاد على وقوع الطلاق لدى عدلين في مساطر الطلاق، وتعتبر الحكم القضائي في مساطر التطليق كافيا لإنهاء العلاقة الزوجية دون حاجة للإشهاد عليه، ويؤدي عدم المام بعض المتقاضين بالقانون للتمييز بين مساطر الطلاق والتطليق الى خلق أوضاع مضطربة، كأن يستنفذ الزوج إجراءات الطلاق، وحينما يصدر حكم قضائي بالإشهاد عليه، لا يقوم بذلك، فتضطر الزوجة لتقديم طلب جديد. وتؤكد احصائيات تطبيق مدونة الأسرة، أنه وبالرغم من تعدد مساطر الطلاق والتطليق، إلا أنه تم اختزالها في مسطرتين أساسيتين هما التطليق للشقاق، والطلاق الاتفاقي، مع استمرار حالات التطليق للغيبة، والتي تتصف مقتضياتها بالتعقيد.

ه- استمرار تداول بعض المصطلحات الحاطة بكرامة المرأة، حيث لاتزال المدونة تحتفظ بمصطلح «المتعة» الذي يشيء العلاقة الزوجية ويحصرها في المتعة الجنسية. ويسجل المجلس أن اجتهاد محكمة النقض بإسقاط حق الزوجة طالبة التطليق للشقاق في الاستفادة من المتعة[36] كنوع من التعويض الذي تحكم به المحكمة تلقائيا وذلك اعتمادا على مقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة، قد أدى إلى حرمان عدد كبير من النساء في الوصول الى حقهن في التعويض وجبر الضرر اللاحق بهن، بل والى تعريضهن لأشكال متعددة من العنف الزوجي بغية الضغط عليهن، من طرف الأزواج لتقديم دعاوى للتطليق، تهربا من المستحقات[37]؛

36- يتعلق الأمر بقرار محكمة النقض عدد433 بتاريخ 21 /2010/09، وجاء فيه ما يلي:. "المتعة لا يحكم بها إلا في حالة الطلاق أو التطليق الذي يتم بناء على طلب الزوج، أما في حالة التطليق للشقاق بناء على طلب الزوجة فإنه لا يحكم لها بالمتعة، وإنما يحكم لها بالتعويض بعد أن تثبت مسؤولية الزوج عن الفراق".

37- أنظر لمزيد من التفاصيل:

-المجلس الوطني لحقوق الانسان: عدم الانصاف من العنف يعدم الإرادة الإنسانية للمرأة: تقرير عن حملة تشجيع التبليغ عن العنف ومناهضة الإفلات من العقاب، 22 أكتوبر 2022.

و- رغم أن مدونة الأسرة اعتبرت الصلح إلزاميا في جميع مساطر الطلاق والتطليق ماعدا التطليق للغيبة، كما اعتبره الزاميا في باقي النزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية[38]، إلا أن الاحصائيات الرسمية تؤكد فشل هذه المؤسسة في حل المنازعات الأسرية، لعدة أسباب، منها، عدم الفصل بين الصلح وبين البت في القضية، بحيث أن القاضي الذي يقوم بالصلح بين الزوجين، هو واحد من أعضاء الهيئة التي تبت في النزاع، رغم اختلاف مهمة الصلح عن مهمة الحكم، فضلا عن ضعف الموارد البشرية والمالية وعدم التفرغ لدى القضاة المكلفين بالصلح، وغياب الوساطة غير القضائية.

61. للتغلب على الإشكالات المذكورة أعلاه، يقترح المجلس معالجة الثغرات القانونية التي تكرس التمييز واللامساواة في واقع الممارسة انطلاقا من المداخل الأربعة التالية:

أ- الغاء أو تعديل جميع المقتضيات القانونية التي قد تنطوي على تمييز بين الجنسين من أجل اعمال مبدأي المساواة والمناصفة اللذين كرسهما الدستور في جميع مقتضيات مدونة الأسرة، إضافة إلى ضرورة تبسيط المساطر والإجراءات لتيسير فعلية ولوج عموم المتقاضين الى العدالة. ولتحقيق هذا الهدف يقترح المجلس توحيد مساطر الطلاق والتطليق بالإبقاء على التطليق فقط طالما أن جميع المساطر تمارس تحت رقابة القضاء، مع الاحتفاظ بمسطرتين : التطليق باتفاق الزوجين (الطلاق الاتفاقي حاليا)؛ والتطليق بناء على طلب أحد الزوجين (التطليق للأسباب المحددة في المادتين 94 و98 حاليا).

ب- وعملا بأفضل التجارب المقارنة في المجال، يقترح المجلس توسيع نطاق إجراءات الصلح، بمأسسة الوساطة في النزاعات القضائية واعتبارها مرحلة الزامية قبل اللجوء الى التطليق القضائي، فضلا عن تخويل المحكمة صلاحية تطبيق تدابير الحماية المقررة في قانون محاربة العنف ضد النساء بشكل تلقائي ضمن الإجراءات الوقتية المقررة طبقا للمادة 121 من مدونة الأسرة.

ه- وانطلاقا من منظور الرعاية المشتركة للزوجين بناء على المادتين 4 و51 من مدونة الأسرة يقترح المجلس أيضا إعادة تنظيم المستحقات المترتبة عن الطلاق والتطليق بما يكفل مراعاة الوضعية المالية للزوجين معا وتحملهما واجب الانفاق المشترك على الأسرة.

ح- تجويد المصطلحات المعتمدة في المدونة بشكل عام وتلك الخاصة بمقتضيات العلاقة الزوجية بشكل خاص، عبر حذف المصطلحات التي تشيء العلاقة الزوجية أو تمتهن كرامة أطرافها.

38- ينص الفصل 180 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "إذا أحيلت القضية على القاضي استدعى حالا الأطراف إلى الجلسة.
يجب على الأطراف أن يحضروا في هذه الجلسة الأولى شخصيا أو بواسطة ممثلهم القانوني وتجرى دائما محاولة التصالح.
إذا تم التصالح أصدر القاضي حالا حكما يثبت الاتفاق وينهي النزاع وينفذ بقوة القانون ولا يقبل أي طعن".

62. تتأسس هذه المقترحات التي تهدف إلى عقلنة وترشيد الطلاق وتعزيز حماية حقوق الزوجين أثناء اللجوء إلى مسطرة الطلاق، على المعطيات الرسمية التي تفيد أن عدد حالات الطلاق لسنة 2021، بلغ ما مجموعه 26957 حالة طلاق، يتصدرها الطلاق الاتفاقي الذي انتقل من 1860 حالة سنة 2004 إلى 20655 حالة سنة 2021، وهو ما يمثل نسبة 77 %من مجموع حالات الطلاق. وفي المقابل شهد الطلاق الرجعي تراجعا ملحوظا، ليبلغ سنة 2021 حوالي 526 حالة طلاق مقابل 7146 حالة خلال سنة 2004. كما تؤكد هذه الاحصائيات أيضا أن التطليق للشقاق يتصدر أنواع التطليق، وقد عرفت نسبته ارتفاعا ملحوظا حيث انتقل من7213 حكما سنة 2004 إلى 62686 حكما سنة 2021، بنسبة تشكل حوالي 99 %من مجموع الأحكام الصادرة بالتطليق[39]، في المقابل يتأكد من حصيلة تطبيق مدونة الأسرة اختفاء عدد من المساطر التي لم تعد مفعلة، كالطلاق المملك وطلاق الخلع، والتطليق للإيلاء والهجر.

63. كما يعتبر المجلس أن المقترحات بمداخلها الأربعة من شأنها تعزيز انسجام المقتضيات القانونية التي تنظم انحلال ميثاق الزوجية مع نص المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي تدعو الدول الأطراف إلى اتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل والمرأة: ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه..؛».

توصيات

- **حذف التمييز بين الطلاق والتطليق والإبقاء فقط على التطليق القضائي؛**
- **حذف مسطرة الاشهاد على وقوع الطلاق واعتبار التطليق من تاريخ صدور الحكم القضائي؛**
- **حذف المساطر التي أصبحت متجاوزة في الو اقع وبالأخص (طلاق الخلع، الطلاق المملك، التطليق للعيب، التطليق للإيلاء والهجر)؛**
- **الإبقاء على مسطرتين للتطليق القضائي: التطليق باتفاق الزوجين، أو التطليق بناء على طلب أحد الزوجين للأسباب التالية: للشقاق، للضرر، للغيبة، لعدم الانفاق؛**

39- إحصائيات وزارة العدل لعام 2022 قدمت بتاريخ 17 أكتوبر 2022.

- مأسسة الوساطة الأسرية واعتبارها مرحلة الزامية قبل المرحلة القضائية، وتعدد أشكال الوساطة، بين الوساطة القضائية التي يقوم بها القضاة المكلفون بالصلح مع ضمان التفرغ والتخصص للقيام بهذه المهمة؛ والوساطة غير القضائية التي يمكن القيام بها خارج المحاكم من طرف مؤسسات مختصة، مع التأكيد على حظر الوساطة في قضايا العنف الأسري؛
- إعادة تنظيم المستحقات المالية المترتبة عن التطليق القضائي بما يكفل مراعاة الوضعية المالية للزوجين معا وتحملهما واجب الانفاق المشترك على الأسرة؛
- حذف مصطلح المتعة وحفظ حق المتضرر من انهاء العلاقة الزوجية من الزوجين في الحصول على تعويض يحدد في إطار قواعد المسؤولية المدنية.
- تخويل المحكمة صلاحية تطبيق تدابير الحماية المقررة في قانون 103.13 ضمن الإجراءات الوقتية طبقا للمادة 121 من مدونة الأسرة دون اشتراط وجود دعوى زجرية في الموضوع، من قبيل:
  - إرجاع المحضون مع حاضنته إلى السكن المعين له من قبل المحكمة؛
  - إنذار المعتدي بعدم الاعتداء، في حال التهديد بارتكاب العنف، مع تعهده بعدم الاعتداء؛
  - إشعار المعتدي بأنه يمنع عليه التصرف في الأموال المشتركة للزوجين؛
  - إحالة الضحية على مراكز الاستشفاء قصد العلاج؛
  - الأمر بالإيداع بمؤسسات الإيواء أو مؤسسات الرعاية الاجتماعية للمرأة المعنفة التي تحتاج وترغب في ذلك.

10- البنوة والنسب

64. خصصت مدونة الأسرة القسم الأول من كتابها الثالث لموضوع البنوة والنسب، وأكدت على أن البنوة تتحقق بتنسل الولد من أبويه، وهي شرعية وغير شرعية[40]، كما أن النسب هو «لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف»[41]. وقد اعتبرت المدونة أن البنوة تكون شرعية بالنسبة للأب في حالات قيام سبب من أسباب النسب، المتمثلة في الفراش والشبهة والاقرار، وتنتج جميع الآثار المترتبة على النسب شرعا[42] فيمنع الزواج بالمصاهرة أو الرضاع وتستحق نفقة القرابة والارث[43]. كما أكدت المدونة على أنه: لا تترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية[44]، بينما تستوي البنوة للأم في الآثار المترتبة عنها، سواء كانت شرعية أو غير شرعية[45].

65. ويسجل المجلس أن مقتضيات كتاب البنوة والنسب تتصف بالغموض وعدم الوضوح وعدم استحضار مصلحة الطفل الفضلى، وهو ما أسهم في خلق عدة اختلالات في التطبيق على امتداد قرابة عقدين من الزمن، يمكن اجمالها فيما يلي:

- استعمال عبارات غير دقيقة وغير واضحة من خلال عدم التنصيص بشكل واضح على استعمال الخبرة الجينية كوسيلة لإثبات النسب أو لنفيه، واستعمال عبارات بديلة ومختلفة من قبيل: «خبرة تفيد القطع»[46]، «الوسائل الشرعية في اثبات النسب»[47]، «الوسائل الأخرى المقررة شرعا، بما في ذلك الخبرة القضائية»[48].
- اعتبار الخبرة الجينية مجرد وسيلة لإثبات النسب أو لنفيه، وليست سببا للحوق النسب، وهو ما يؤدي الى تقييد اعمالها بضرورة اثبات العلاقة الشرعية، كشرط مسبق للجوء اليها، على خلاف الإقرار بالنسب الذي تتصف شروطه بالبساطة بالنسبة للأب؛
- تتنافى مقتضيات مدونة الأسرة مع تطورات العلوم والاكتشافات الحديثة في ميدان الطب من

40- المادة 142 من مدونة الأسرة.

41- المادة 150 من مدونة الأسرة.

42- المادتان 144 و152 من مدونة الأسرة.

43- المادة 157 من مدونة الأسرة.

44- المادتان 148 من مدونة الأسرة.

45- المادتان 146 من مدونة الأسرة.

46- المادة 153 من مدونة الأسرة.

47- المادة 156 من مدونة الأسرة.

48- المادة 158 من مدونة الأسرة.

خلال اعتماد أمد أقصى للحمل مدته سنة[49]، وأمد أقل مدته 6 أشهر، وتقييد اللجوء الى الخبرة الجينية رغم آثارها الحاسمة في اثبات النسب ونفيه، واستمرار تقنين اللعان[50]، رغم عدم إمكانية تطبيقه على أرض الواقع؛

- التمييز بين الأبوين في تحمل مسؤولية الأبناء المزدادين خارج إطار الزواج، من خلال التنصيص على أن البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب، وترتيب آثارها بالنسبة للأم بغض النظر عن طبيعتها، شرعية أو غير شرعية، وهو ما يعتبر تمييزا بين الجنسين، وتمييزا بين الأطفال بحسب الوضعية العائلية للأبوين؛

- تحمل بعض الأحكام القضائية أوصافا تمييزية في مواجهة الأطفال المزدادين من أبوين غير متزوجين، من خلال عبارات من قبيل: «ابن الزنا»، «مجهول النسب»، كما تحيل على مؤسسات «فقهية» أضحت غير موجودة قانونا من قبيل الإحالة على قاعدة «لا يجتمع حد ونسب»، «للعاهر الحجر»..

66. يرى المجلس أن معالجة هذه الاختلالات في التطبيق تتطلب اعتماد صياغة قانونية واضحة للكتاب المتعلق بالبنوة والنسب، والتنصيص على الخبرة الجينية واعتبارها سببا للحوق النسب، وإلغاء كل تمييز بين الأطفال بحسب الوضعية العائلية للأبوين، وإلغاء كل تمييز بين الأبوين في تحمل مسؤولية أبنائهما.

67. تجد مقترحات المجلس بخصوص كتاب البنوة والنسب سندها في كونها تسمح بملاءمة مدونة الأسرة المغربية مع مجموعة المواثيق الدولية التي صادقت عليها المملكة، وأهمها:

- إعلان حقوق الطفل الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة 1959 (المعترف به في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان) الذي ينص في المادة الأولى على أنه: «يجب أن يتمتع الطفل بجميع الحقوق المقررة في هذا الإعلان. ولكل طفل بلا استثناء أن يتمتع بهذه الحقوق دون أي تفريق أو تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي السياسي أو غير السياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة أو النسب أو أي وضع آخر يكون له أو لأسرته».

- إعلان جمعية الأمم المتحدة لسنة 1986 بشأن المبادئ الاجتماعية والقانونية المنطبقة على حماية ورفاهية الأطفال (رقم 4185) الذي ينص على ما يلي:

49- المادة 155 من مدونة الأسرة.

50- المادة 153 من مدونة الأسرة.

- **المادة 8 -1** تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته، واسمه، وصلاته العائلية، على النحو الذي يقره القانون، وذلك دون تدخل غير شرعي.
- **المادة 8 -2** إذا حرم أي طفل بطريقة غير شرعية من بعض أو كل عناصر هويته، تقدم الدول الأطراف المساعدة والحماية المناسبتين من أجل الإسراع بإعادة إثبات هويته.

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (1966)، وخاصة:

- **المادة 23 1. الأسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة.**
- **الفقرة: 4 تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوى حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. وفى حالة الانحلال يتوجب اتخاذ تدابيرلكفالة الحماية الضرورية للأولاد في حالة وجودهم.**
- **المادة 24 -1 يكون لكل ولد، دون أي تمييزبسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو النسب، حق على أسرته وعلى المجتمع وعلى الدولة في اتخاذ تدابير الحماية التي يقتضيها كونه قاصرا.**

  -2 يتوجب تسجيل كل طفل فور ولادته ويعطى اسما يعرف به.

  -3 لكل طفل حق في اكتساب جنسية.

- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966 وخاصة (المادة 10) والبروتكول الاختياري الملحق لسنة 2008.

- الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل (1989) ، وخاصة :

- **المادة 1/7. يسجل الطفل بعد ولادته فورا ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية، ويكون له قدر الإمكان، الحق في معرفة والديه وتلقى رعايتهما.**
- **المادة 8 /1. تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته، واسمه، وصلاته العائلية، على النحو الذي يقره القانون، وذلك دون تدخل غيرشرعي، وفي الفقرة2. إذا حرم أي طفل بطريقة غيرشرعية من بعض أوكل عناصرهويته، تقدم الدول الأطراف المساعدة والحماية المناسبتين من أجل الإسراع بإعادة إثبات هويته.**

- **المادة 18/ 1. تبذل الدول الأطراف جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل إن الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه. وتقع على عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين، حسب الحالة، المسؤولية الأولي عن تربية الطفل ونموه. وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساس.**

68. كما تستند مقترحات المجلس على مقتضيات **الدستور** الذي يؤكد على أن الدولة تسعى لتوفير الحماية القانونية، والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال، بكيفية متساوية، بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية[51]، فضلا عما تنص عليه **مدونة الأسرة** من أن للأطفال على أبويهم الحقوق التالية:».. العمل على تثبيت هويتهم والحفاظ عليها خاصة، بالنسبة للاسم والجنسية والتسجيل في الحالة المدنية، النسب والحضانة والنفقة طبقا لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدونة»[52].

69. كما تستند كذلك على المرجعية الإسلامية السمحاء والتي أقرت مبدأ تشوف الشرع للحوق النسب، ولذلك وسعت من وسائل اثباته، واعتبرته وسيلة لحماية الطفل من التمييز والوصم الاجتماعي.

70. وفضلا عن العناصر القانونية الوطنية والدولية ومبادئ الإسلام، يرى المجلس أن هناك مبررات أخرى يفرضها الواقع، تعضد اعتماد الخبرة الجينية، لاسيما الهندسة الوراثية. ومن بينها كثرة النزاعات المعروضة على القضاء بصدد إثبات النسب ونفيه، خاصة ما يتعلق بالزواج الغير موثق وظاهرة الأطفال المولودين خارج مؤسسة الزواج. وإنه في ظل التطور المهم الذي شهده العلم والطب في الوقت الراهن، يبدو من الضروري الأخذ بالخبرة الجينية التي تساعد المحكمة على تكوين قناعة راسخة وقاطعة فيما يخص إثبات النسب أو نفيه.

توصيات

- **مراجعة الصياغة القانونية للمواد المتعلقة بالنسب والبنوة واعتماد صياغة قانونية حقوقية بعيدة عن المصطلحات الفقهية التي تفتح باب التأويل وتزيد من مجال السلطة التقديرية للمحاكم، تهدف أساسا الى سد الثغرات القانونية عبر صياغة واضحة تسهل مهمة القضاء في تطبيق المادة وتضمن فعلية حقوق جميع افراد الأسرة وكرامتهم؛**

51- الفصل 32 من الدستور.

52- المادة 54 من مدونة الأسرة.

- **مراجعة كل المواد المتعلقة بالنسب والبنوة باعتماد مبدأ المسؤولية المشتركة للأبوين وللدولة في مراعاة المصلحة الفضلى للطفل؛**
- **اعتبار الخبرة الجينية سببا للحوق النسب الى جانب الفراش، والإقرار، والشبهة؛**
- **حذف كل تمييز بين الأطفال بسبب الوضعية العائلية للأبوين وترتيب كل الآثار القانونية المترتبة عن ثبوت النسب بالخبرة الجينية بالنسبة للأبوين اتجاه الأبناء؛**
- **التنصيص على جعل واجبات الخبرة الجينية القضائية على عاتق الخزينة العامة في حال تعذر أدائها من طرف الأمهات أو الأطفال باعتبار النسب حقا للطفل وتعتبر الدولة مسؤولة عن اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال وضمان حقوقهم طبقا للمادة 54 من مدونة الأسرة؛**
- **الغاء المقتضيات المتعلقة بالبنوة التي تميز بين البنوة الشرعية وغير الشرعية والتي تتعارض مع التزامات المغرب الدولية ومع مقتضيات الدستور وتوصيات لجنة حقوق الطفل.**

11- النفقة

تطرقت مدونة الأسرة الى مقتضيات النفقة في القسم الثالث من كتابها الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها في المواد من 187 الى 205 منها، وخصصت الباب الأول للأحكام العامة، والباب الثاني لنفقة الزوجة، والباب الثالث لنفقة الأقارب، والباب الرابع للالتزام بالنفقة. كما أكدت المدونة على أن «نفقة كل إنسان في ماله، إلا ما استثني بمقتضى القانون»، وأن أسباب وجوب النفقة على الغير ثلاثة: الزوجية والقرابة والالتزام، كما حددت مشمولات النفقة، وما تعتمد عليه المحكمة في تقديرها، وحددت أجل البت في هذه القضايا في شهر.

71. وقد أسفرت مواكبة المجلس لتطبيق المقتضيات الخاصة بالنفقة عن تسجيل مجموعة من الاختلالات التي تلحق أحيانا ضررا بمصلحة مستحقيها، كما تهدد التوازن المطلوب في العلاقات الأسرية سواء أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد انحلالها، ومن بينها:

- عدم اعتراف مدونة الأسرة بمساهمة المرأة في تحمل واجب الانفاق على أسرتها، سواء من خلال مساهمتها المادية أو مساهمتها بالعمل المنزلي، وهو ما لا ينسجم مع تنص عليه باقي مقتضيات المدونة من جعل الأسرة تحت الرعاية المشتركة للزوجين[53]، وتحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال[54]، وأن للأطفال على أبويهم عدة حقوق من بينها النفقة؛
- ربط استحقاق نفقة الزوجة بالبناء، وربط الانفاق على الأسرة من طرف الزوجة الموسرة في حالة عسر زوجها، بوجود أبناء حيث نصت المادة 199 على أنه: « إذا عجز الأب كليا أو جزئيا عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب»؛
- عدم احترام أجل شهر كحد أقصى للبت في قضايا النفقة؛
- عدم تفعيل مقتضيات الفصل 179 من قانون المسطرة المدنية المتعلق بالنفقة المؤقتة لعدم المطالبة بها من طرف مستحقي النفقة[55]؛
- تفاوت المحاكم في تحديد مبالغ النفقة المحكوم بها؛
- إشكالية عبء الاثبات واعتماد المحاكم على أداء اليمين أو النكول عليه في البت في قضايا استحقاق النفقة ؛
- اختلاف الاجتهاد القضائي في الاستجابة لطلبات تمكين مستحقي النفقة من الولوج الى المعطيات الخاصة المتعلقة بالدخل والممتلكات للملزم بالنفقة لتقدير النفقة؛
- اختلاف تاريخ استحقاق النفقة بحسب شخص مستحقها، حيث يحكم بنفقة الأولاد من تاريخ التوقف عن الأداء[56]، ونفقة الزوجة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه[57]، ويحكم بنفقة الأبوين من تاريخ تقديم الطلب[58]؛

53- المادة 4 من مدونة الأسرة.

54- المادة 51 مدونة الأسرة.

55- ينص الفصل 179 مكرر من قانون المسطرة المدنية على أنه: "... ريثما يصدر الحكم في موضوع دعوى النفقة للقاضي أن يحكم بنفقة مؤقتة لمستحقيها في ظرف شهر من تاريخ طلبها مع اعتبار صحة الطلب والحجج التي يمكن الاعتماد عليها
وينفذ هذا الحكم قبل التسجيل وبمجرد الإدلاء بنسخة منه".

56- المادة 200 من مدونة الأسرة.

57- المادة 195 من مدونة الأسرة.

58- المادة 204 من مدونة الأسرة.

- اغفال التنصيص على استمرار الانفاق على الأطفال المكفولين في حالة وقوع الطلاق والتطليق؛

- عدم شمولية مبالغ النفقة المحكوم بها، للمصاريف الإضافية التي تستلزمها وضعية الإعاقة لدى عدد من مستحقي النفقة، وذلك بسبب محدودية دخل الملزم بالأداء؛

- تبني مفهوم واسع للامساك العمدي عن أداء مبلغ النفقة المحكوم بها، بافتراض الملاءة كأصل الى أن يثبت العكس[59]، وهو ما أدى الى ارتفاع عدد الأحكام الزجرية الصادرة من أجل جنحة اهمال الأسرة، طبقا للفصل 480 من القانون الجنائي. وفي هذا السياق تشير احصائيات رئاسة النيابة العامة الى تزايد عدد قضايا اهمال الأسرة، والتي سجلت 5383 قضية سنة 2020 و 5409 قضية سنة 2021؛

- تخويل الأب الخيار بين إبقاء الأبناء المحضونين في بيت الزوجية أو تهيء محل سكنى جديد لهم، أو تخصيص مبلغ مالي لكراء المحل، وهو ما يتنافى مع المصلحة الفضلى للطفل واستقراره النفسي والاجتماعي في مراعاة الوضعية المعيشية التي كان عليها قبل الطلاق.

72. ولمواجهة هذه الاختلالات يقترح المجلس إعادة تنظيم مقتضيات النفقة وتأسيسها على مبدأ المساواة بين الجنسين والمصلحة الفضلى للطفل، من أجل تجاوز الاختلالات التي كشف عنها التطبيق العملي للمدونة، وذلك من خلال: -الاعتراف بمساهمة الزوجة في تحمل الانفاق على الأسرة، وعدم تقييد إلزام أحد الزوجين في حالة عسره بالإنفاق على الأسرة بوجود أبناء؛

-اعتماد كافة وسائل الاثبات بما في ذلك القيام بخبرات حسابية قصد تقدير مبالغ النفقة المحكوم بها، مع توسيع صلاحية المحكمة في الوصول الى كافة المعلومات المتعلقة بدخل الزوجين؛

-تفعيل الاقتطاع من المنبع بشكل تلقائي؛

-عدم اللجوء الى تطبيق مسطرة اهمال الأسرة إلا في حدود ضيقة، في حالة الإمساك العمدي عن تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالنفقة؛

73. ولضمان فعلية الولوج الى العدالة لفائدة الفئات الهشة يقترح المجلس تفعيل واجب المحكمة في اشعار مستحق النفقة بحقه في طلب النفقة المؤقتة. كما يؤكد على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار وجود أحد مستحقها في وضعية اعاقة، مع ما يترتب عن ذلك من مصروفات إضافية، وكذلك على إمكانية مراجعة النفقة في حالة حصول تغيير في وضع مستحقها كما في حالة تطور اعاقته؛

59- تنص المادة 188 من مدونة الأسرة على أنه:" لا تجب على الانسان نفقة غيره إلا بعد أن يكون له مقدار نفقة نفسه، وتفترض الملاءة الى أن يثبت العكس"

74. وتتوخى مقترحات المجلس ملاءمة مقتضيات النفقة مع الاتفاقيات الدولية المصادقة عليها، وعلى رأسها اتفاقية حقوق الطفل التي تنص على أن الأبوين يتحملان معا مسؤوليات مشتركة عن تربيته، وأنه يقع عليهما مسؤولية تأمين ظروف المعيشة اللازمة لنموه، ويتعين اتخاذ التدابير التشريعية المناسبة لكفالة تحصيل نفقته منهما، فضلا عن مقتضيات الواقع التي تؤكد أن أكثر من مليون عائلة تعيلها نساء[60].

توصيات

- التنصيص على تحمل الزوجين معا واجب الانفاق على الأسرة، كل بحسب دخله ومجهوده، من تاريخ العقد وعدم ربطه بالبناء.
- التنصيص على واجب الزوج الموسر في الانفاق على الأسرة في حالة اعسار الزوج الآخر، دون اشتراط وجود أبناء.
- التنصيص على واجب المحكمة في اشعار مستحق النفقة بحقه في طلب النفقة المؤقتة.
- التنصيص على حق المكفول في استمرار الانفاق عليه من طرف الكافلين بعد انحلال العلاقة الزوجية.
- التنصيص على بقاء الطفل المحضون ببيت الزوجية رفقة الحاضن، وعدم اللجوء إلى تحديد تكاليف سكن المحضون نقدا إلا بصفة استثنائية في حالة موافقة الحاضن.

60- معطيات المندوبية السامية للتخطيط.

12- الحضانة

75. عرفت مدونة الأسرة الحضانة بأنها: «حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه»[61]. وأكدت على أنه يتعين على الحاضن أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه، والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي، وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون.

76. وقد أسفرت مواكبة المجلس لتطبيق المقتضيات الخاصة بالحضانة عن تسجيل مجموعة من الاختلالات التي تلحق أحيانا كثيرة ضررا بمصلحة الطفل، كما تهدد التوازن المطلوب في العلاقات الأسرية بعد انحلال ميثاق الزوجية، ومن بينها:

- رغم تنصيص مدونة الأسرة على أن الحضانة تكون مشتركة بين الأبوين أثناء قيام العلاقة الزوجية، إلا أنها لا تنص على خيار الحضانة المشتركة بين الأبوين بعد الانفصال، إذا ما تم التوافق بينهما على ذلك؛

- يؤدي زواج الأم الحاضنة لسقوط حضانتها إذا كان عمر الطفل يتجاوز 7 سنوات، في مقابل ذلك لا يؤدي زواج الأب الحاضن إلى سقوط حضانته، وهو ما يعد تمييزا بين الأبوين؛

- يطرح شرط «القدرة على تربية المحضون»[62] إشكالا بخصوص إمكانية اعتباره مسقطا لأهلية الأشخاص ذوي الإعاقة لاستحقاق حضانة الأطفال بعد انفصال العلاقة الزوجية بالطلاق أو التطليق، اذ يمكن أن تؤدي بعض الافتراضات السلبية المتعلقة بقدرة الأشخاص ذوي الإعاقة على الأبوة والأمومة، الى حرمان الوالدين ذوي الإعاقة من الحصول على حقهم في الحضانة أو حقهم في صلة الرحم؛

- منحت مدونة الأسرة للأب الخيار بعد الطلاق أو التطليق بين تخصيص سكن للأطفال المحضونين أو أداء مبلغ مالي لكراء السكن المذكور، وأحيانا لا يكون السكن المخصص للطفل أو المبلغ المقدر لكرائه، كافيا للحفاظ على نفس المستوى المعيشي الذي كان يتمتع به قبل الطلاق أو التطليق؛

- لم تتطرق مدونة الأسرة لحق أقارب الزوج غير الحاضن في زيارة المحضون ما عدا في حالة الوفاة، حيث نصت على أنه: إذا توفي أحد والدي المحضون، يحل محله أبواه في حق الزيارة المنظمة..[63]، ولم تتطرق إلى تنظيم الزيارة في حالة سفر الزوج غير الحاضن أو غيبته؛

61- المادة 163 من مدونة الأسرة.

62- المادة 173 من مدونة الأسرة.

63- المادة 185 من مدونة الأسرة.

- لم توضح المحكمة مفهوم المصالح المستعجلة التي تجيز للأم الحاضن القيام في حالة الاستعجال ببعض مهام النيابة القانونية؛

77. ولمواجهة هذه الاختلالات يقترح المجلس إعادة تنظيم مقتضيات الحضانة وتأسيسها على مبدأ المساواة بين الجنسين والمصلحة الفضلى للطفل، من أجل تجاوز الاشكالات التي كشف عنها التطبيق العملي للمدونة، وذلك من خلال احترام حقّ الطفل في التعبير عن آرائه ومنحه الحق في المشاركة في الأحكام التي تتعلق بحضانته والذي يستجيب كذلك لحقه في الولوج الى القضاء، طبقا للمادة 12 من اتفاقية حقوق الطفل التي تنصّ على حق الطفل بتكوين أرائه الخاصة وعلى وجوب إتاحة المجال أمامه والاستماع إليه في أيّ إجراءٍ قضائيّ يمسّ به.

78. كما يدعو إلى التنصيص على أن زواج الأم الحاضن لا يسقط حضانتها، والتنصيص على عدم اخراج الحاضن من الأبوين من بيت الزوجية في حالة وقوع الطلاق أو التطليق، وتنظيم حق الزيارة لفائدة الأقارب في حالة سفر الزوج غير الحاضن أو غيبته، والتنصيص على مقتضيات تنظم الحضانة المشتركة بين الأبوين بالاتفاق بعد انفصال العلاقة الزوجية، وادماج مقتضيات تراعي عدم التمييز بسبب الإعاقة في مقتضيات كتاب الحضانة.

79. وتتوخى مقترحات المجلس تدارك التأخر الحاصل في مجال ملاءمة مدونة الأسرة مع اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وخاصة المادة 16 التي تنص على أنه: «تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل والمرأة: و) نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية الاجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني؛ وفي جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة».

80. كما تستلهم هذه المقترحات مجموعة من الحلول في القانون المقارن إضافة إلى بعض الممارسات الفضلى التي تبلورت في سياقات مختلفة والتي تتوفر على قوانين تنص على الحضانة المشتركة للأطفال[64]، فضلا عن قوانين أخرى حاولت الموازنة بين الحفاظ على المصلحة الفضلى للطفل وبين حقوق الوالدين ذوي إعاقة في الحضانة والزيارة بالتنصيص صراحة على أن إعاقة أحد الأبوين لا تعتبر قرينة على عدم استحقاقه للحضانة[65].

64-- تنص المادة 373-2-9 من القانون المدني الفرنسي على أنه " تطبيقا للمادتين السابقتين، يجوز تحديد إقامة الطفل بالتناوب في منزل كل من الوالدين أو في منزل أحدهما

يمكن للقاضي، بناء على طلب أحد الوالدين أو في حالة الخلاف بينهما حول تنظيم إقامة الطفل، أن يأمر مؤقتا بإقامة بالتناوب يحدد مدتها. وبانتهاء المدة، يتخذ القاضي قراراً نهائياً بشأن إقامة الطفل بالتناوب في منزل كل من الوالدين أو في منزل أحدهما

عندما يتم تحديد إقامة الطفل في منزل أحد الوالدين، يحكم قاضي شؤون الأسرة في شروط حقوق الزيارة للوالد الآخر. ويمكن ممارسة هذا الحق في الزيارة عندما تقتضي مصلحة الطفل ذلك، بقرار معلل بشكل خاص، في مكان الاجتماع الذي يعينه القاضي

عندما تقتضي مصلحة الطفل ذلك أو عندما يشكل تسليم الطفل مباشرة إلى الوالد الآخر خطرا على أحدهما، ينظم القاضي شروط الزيارة التي تخول الضمانات اللازمة. ويجوز له أن ينص على أن تتم الزيارة في مكان اجتماع يعينه، أو بمساعدة طرف ثالث موثوق به أو ممثل لكيان قانوني مؤهل"

-وتنص المادة 374 من القانون المدني البلجيكي في فقرتها الثانية على أنه "عندما لا يعيش الوالدان معًا ويرفعان نزاعهما إلى المحكمة، تصادق المحكمة على الاتفاق المتعلق بإيواء الأطفال ما لم يتعارض هذا الاتفاق بشكل واضح مع مصالح الطفل.

في حالة عدم الاتفاق، وعند وجود سلطة أبوية مشتركة، تنظر المحكمة على سبيل الأولوية، بناءً على طلب أحد الوالدين على الأقل، في إمكانية تحديد سكن الطفل بطريقة متساوية بين الوالدين

ومع ذلك، إذا رأت المحكمة أن السكن المتساوي ليست الصيغة الأكثر ملاءمة، فقد تقرر نظام سكن غير متساو.

وتحكم المحكمة في أي حال بحكم معلل بشكل خاص، مع مراعاة الظروف الملموسة للقضية ومصالح الأطفال والآباء".

-تنص المادة العاشرة من المرسوم بقانون اتحادي رقم (41) لعام 2022 بشأن الأحوال الشخصية المدني بالإمارات العربية المتحدة على أن " حضانة الأبناء حق مشترك ومتساو للأب والأم بعد وقوع الطلاق، وهي كذلك حق للأبناء في عدم استحواذ أحد الأبوين دون الآخر بتربية الأبن ورؤيته، وذلك حفاظاً على الصحة النفسية للمحضون والحد من آثار الطلاق على الأبناء الأصل في حضانة الأبناء هو اشتراك الأب والأم معاً في مسؤولية تربية الأبناء بعد وقوع الطلاق، ما لم يقدم الطرفان طلباً للمحكمة بإثبات الحضانة لمن هو جدير بتحقيق مصالح المحضون، أو يطلب أحدهما التنازل كتابة أمام المحكمة عن حقه في الحضانة، أو تقديم طلب للمحكمة بعزل الطرف الآخر من الحضانة المشتركة وإسقاط حقه في الحضانة لأي سبب تقبله المحكمة مثل عوارض الأهلية، أو خطورة اشتراك الشخص في الحضانة، أو عدم قيام الحاضن المشترك بمهامه، وتُحدد اللائحة التنفيذية لهذا المرسوم بقانون حالات عزل الطرف الآخر من الحضانة وإسقاط حقه فيها في حالة اختلاف الأب والأم في أي أمر من أمور الحضانة المشتركة، يحق لأي منهما التقدّم بطلب للمحكمة وفق النموذج المعد لذلك للاعتراض أو طلب تدخّل المحكمة للفصل في الأمر محل الخلاف للمحكمة السلطة التقديرية لتقرير ما تراه مناسباً لمصلحة المحضون وذلك بناءً على طلب أي من الأبوين بعد وقوع الطلاق".

65- ينص على سبيل المثال القانون س.ب 1188 الذي دخل حيز التنفيذ بولاية كاليفورنيا في 01 يناير 2011 على أن الإعاقة لا يمكن أن تشكل أساسا لاستبعاد الحق في الحضانة ما لم يثبت الطرف الاخر بشكل واضح ومقنع أن منح الحضانة للشخص في وضعية إعاقة من شأنه أن يضر بصحة الطفل وسلامته ورفاهيته، وينص قانون ولاية مينيسوتا رقم 518.17 على أن "الاعاقة لوحدها، كما تعرفها الفقرة 363A.03 سواء همت طالب الحضانة أو الطفل لا ينبغي أن تحدد حضانة الطفل". وينص قانون ولاية أيداهو الأمريكية رقم 32-717 قسم 32 -7 على ما يلي:"إذا كان الوالد يعاني من إعاقة كما هو محدد في هذا القسم، فيحق له تقديم أدلة ومعلومات تتعلق بالطريقة التي يمكن بها استخدام معدات التكيف أو الخدمات الداعمة للقيام بمسؤوليات تربية الطفل. ويجب على المحكمة إبلاغ الوالد بهذا الحق. ويتعين أن تأخذ تقييمات اللياقة الأبوية في الاعتبار استخدام المعدات التكيفية والخدمات الداعمة للآباء ذوي الإعاقة، ويجب أن يتم إجراؤها بواسطة شخص لديه خبرة في هذه المعدات والخدمات أو بمساعدة منه. لا يجوز تفسير أي شيء في هذا الفصل على أنه يسمح بالتمييز على أساس الإعاقة".

توصيات

- تنظيم مسطرة الاستماع الى الطفل وتخفيض سن الاختيار الى 12 سنة.
- التنصيص على أن زواج الأب الحاضن أو الأم الحاضنة لا يسقط حضانتهما.
- تنظيم الحضانة المشتركة بين الأبوين كأحد الخيارات بعد انفصال العلاقة الزوجية بالطلاق أو التطليق والتنصيص على حق الابوين في الاتفاق على نظام الحضانة المشتركة وتقاسم فتراتها يصادق عليه بمقرر قضائي.
- عدم اعتبار التنازل عن الحضانة سببا لإسقاطها في حالة تغير الأسباب واعتماد مبدأ المصلحة الفضلى للطفل.
- استناد المحاكم إلى تقارير الأخصائيّين النفسيّين والاجتماعيين في تقدير مصلحة الطفل، عبر تقييم وضعه النفسيّ.
- تنظيم حق الزيارة لأبوي الزوج غير الحاضن في حالة سفره أو تواجده بالخارج.
- التنصيص على بقاء الطفل المحضون بيت الزوجية رفقة الحاضن، وعدم اللجوء إلى تحديد تكاليفه نقدا إلا بصفة استثنائية في حالة موافقة الحاضن.
- التأكيد على أن إعاقة أحد الزوجين لوحدها لا تعتبر قرينة على عدم قدرته على الحضانة.

13- النيابة القانونية

81. انطلاقا من الشكايات الواردة على المجلس عموما، وعلى الآلية الوطنية لتظلم الأطفال ضحايا انتهاكات حقوق الطفل، وكذا الآلية الوطنية للأشخاص في وضعية إعاقة، يتبين للمجلس أن تطبيق مقتضيات مواد كتاب الأهلية والنيابة القانونية تعتريه مجموعة من الاختلالات التي يمكن ردها إلى إشكاليتين رئيسيتين : تتجلى الأولى في تعارض مقتضيات هذا الكتاب مع مبدأ المساواة بين الجنسين والمصلحة الفضلى للطفل، في حين تتعلق الثانية بعدم انسجامه مع مقتضيات الاتفاقية الدولية المتعلقة بالأشخاص ذوي الإعاقة فيما يتعلق بالأهلية المدنية للشخص المصاب بإعاقة.

أ- اختلالات ناتجة عن تعارض مقتضيات النيابة القانونية مع مبدأ المساواة بين الجنسين

- تعتبر ولاية الأب أصلية بينما تعد ولاية الأم على سبيل الاحتياط، بحيث لا تكون الأم نائبا قانونيا على أطفالها إلا في حالة عدم جود الأب، أو غيبته، أو فقد أهليته[66]؛

- تتيح مدونة الأسرة للأبوين إمكانية اختيار وصي على الأبناء، لكن يلاحظ أن وصي الأب يتمتع بصلاحيات رقابية أوسع من وصي الأم، وهو ما يتعارض مع مبدأ المساواة بين الجنسين، ومع المصلحة الفضلى للطفل، لأن الهدف من وجود وصي هو حماية المصالح المالية للطفل؛

- تكون ولاية الأم إما مؤقتة أو دائمة، أما ولاية الأب فتكون في سائر الأحوال دائمة، فللأم أن تمارس الولاية المؤقتة قياما بالمصالح المستعجلة للطفل رغم أن المشرع لم يوضح طبيعة هذه الحالات؛

- تواجه الأم عدة صعوبات إدارية وواقعية للقيام بمهام النيابة القانونية على أطفالها، وهو ما يبدو من خلال سلوك بعض الإدارات في عدم الاعتراف بولاية الأم بقوة القانون، واشتراط صدور حكم قضائي تقريري بذلك[67]، أو الادلاء بوثائق إضافية[68]، وهو ما يعرض مصالح الأطفال المستعجلة الى الهدر؛

- اعتبار الأب نائبا شرعيا على الأبناء بحكم الشرع، يتيح له سلطة التصرف في المصالح المالية للأطفال وفي الهبات أو التعويضات الممنوحة لهم في حال استفادتهم من أحكام قضائية بتعويضهم عن أضرار جراء حوادث سير مثلا بالرغم من أن الأم هي الحاضنة لهم بعد الطلاق، وقد تفاجأ الأم التي فتحت حسابا بنكيا لفائدة أطفالها بأن الأب يسحب من هذا الحساب البنكي دون إذن منها؛

- عدم تفعيل مقتضيات المادة 239 من مدونة الأسرة التي تتيح للأم ولكل متبرع أن يشترط عند تبرعه بمال على شخص محجور ممارسة النيابة القانونية في إدارة وتنمية المال المتبرع به، ويكون هذا الشرط نافذ المفعول، وذلك بسبب عدم وضوح مضمون هذه المادة وما اذا كان يقتصر فقط على الأموال أم يشمل أيضا العقارات، فضلا عن غياب أي مقتضيات لأجرأة هذه المادة على المستوى العملي؛

66- المادة 238 من مدونة الأسرة.

67- خاصة في حالة الأمهات العازبات حيت تكون الأم نائبا شرعيا على الأبناء بقوة القانون طبقا للمادة 238 وتشترط بعض الإدارات الادلاء بأحكام قضائية، أو الادلاء بشهادات عدلية

68- تضطر بعض الأمهات لاستصدار إشهادات عدلية بالولاية لتقديمها أمام الإدارات العامة والخاصة، كدليل إثباتي على كونهن نائبا شرعيا على الأبناء.

- تقييد سلطة الأم في القيام بمصالح الأطفال المحضونين قد يجعلها تتعرض للابتزاز، حيث تضطر أحيانا للتنازل عن حقوقها المالية أو حقوق الأطفال مقابل الحصول على توكيل أو إذن من الزوج؛
- تتعرض مصالح الأطفال المحضونين للضرر نتيجة عجز الأم عن القيام بمصالحهم المستعجلة بسبب البيروقراطية، والتمسك بالتطبيق الحرفي لبعض النصوص على حساب المصلحة الفضلى للطفل؛

82. لمعالجة الاختلالات الناجمة عن هذه الاشكالية، يقترح المجلس إعادة تنظيم مقتضيات الكتاب الرابع المتعلقة بالأهلية والنيابة الشرعية، بما يكفل احترام مبدأ المساواة بين الجنسين، وذلك بجعل النيابة القانونية أثناء قيام العلاقة الزوجية وبعد انفصالها، مشتركة بين الأبوين.

83. يجد هذا المقترح سنده في مجموعة من الاتفاقيات التي صادقت عليها المملكة، خاصة اتفاقية حقوق الطفل التي تنص في مادتها 8 على أنه: «تبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل إن الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه. وتقع على عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين، حسب الحالة، المسؤولية الأولي عن تربية الطفل ونموه. وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي». كما يرى المجلس أن هذه المقترحات ستعزز ملاءمة مدونة الأسرة مع مقتضيات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة خاصة المادة 16 التي تنص على أنه: «تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل والمرأة: د) نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة، بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالها؛ وفي جميع الأحوال، تكون مصالح الأطفال هي الراجحة؛ و) نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية الاجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني؛ وفي جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة».

84. وفضلا عن أهميتها في تعزيز ملاءمة التشريعات الوطنية مع القانون الدولي، فإن هذا المقترح يستلهم مجموعة من التشريعات المقارنة التي تطبق النيابة القانونية المشتركة للأبوين على أطفالهما، رغم انفصال العلاقة الزوجية بالطلاق أو التطليق. وفي هذا السياق ترسي المادة 372 من القانون المدني البلجيكي المبدأ العام المتمثل في أن «الأب والأم يمارسان معاً السلطة الأبوية، وتظل السلطة الابوية مشتركة بين الاب والام حتى بعد الانفصال أو الطلاق، حيث تنص المادة 374 في فقرتها الأولى على أنه «عندما لا يعيش الأب والأم معًا، تظل ممارسة السلطة الأبوية مشتركة ويطبق الاتفاق المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 373.

85. وتنص المادة 372 من القانون المدني الفرنسي على أن الابوين يمارسان السلطة الابوية بشكل مشترك وتؤكد المادة 373-2 على أن انفصال الوالدين لا يؤثر على قواعد ممارسة السلطة الابوية.

86. وتعطي المواد 192 و193 و195 من قانون الاسرة بمقاطعة الكيبيك الكندية الولاية القانونية على الأبناء للوالدين معا وتؤكد على استمرار الولاية لهما حتى بعد صدور حكم بإسناد الحضانة لأحدهما وفي حالة وجود خلاف يرجع الى القضاء.

توصيات

- **اعتبار النيابة القانونية مشتركة بين الأبوين سواء أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد انفصالها.**
- **إمكانية منح المحكمة للنيابة القانونية لأحد الأبوين أو اسقاطها عنه في حالات محددة قانونا.**
- **تخويل وصي الأم نفس صلاحيات وصي الأب في تتبع تسيير النائب القانوني لشؤون الموصى عليه ورفع الأمر الى القضاء عند الحاجة.**

ب- اختلالات ناتجة عن عدم انسجام مقتضيات كتاب الأهلية والنيابة القانونية مع اتفاقية الأشخاص في وضعية إعاقة.

87. على الرغم من كون المغرب كان من الدول السباقة إلى المصادقة على الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة وعلى البرتوكول الاختياري الملحق بها عام 2009 إلا أن مقتضيات مدونة الأسرة لا تتلاءم مع مضمون الاتفاقية، وهو ما يبدو من خلال الاختلالات التالية:

- عدم تعريف مدونة الأسرة لمفهوم الإعاقة، واعتماد مفاهيم غير دقيقة وغامضة مثل "العته"، "الجنون"، السفه"...تقبل أكثر من تأويل؛
- لم تتطرق المدونة لحالة الأشخاص ذوي إعاقة جسدية أو عجز جسماني شديد يؤثر في استقلالهم في التعبير عن ارادتهم بشكل سليم ويحول دون مباشرة حقوقهم إلا بمساعدة شخص آخر بصفة مستقلة؛

- لم يحسم المشرع في مدونة الأسرة في موضوع الأهلية القانونية للأشخاص ذوي الإعاقة وفق ما تقضي به أحكام هذه الاتفاقية من ملاءمة القوانين واتخاذ التدابير والإجراءات المساعدة للأشخاص ذوي الإعاقة على ممارسة أهليهم القانونية كاملة وتوفير الضمانات القانونية والقضائية لمنع سوء استعمال هذه المساعدة.
- تستعمل مدونة الأسرة المفهوم التقليدي للنيابة القانونية على الأشخاص في وضعية إعاقة ذهنية والذي يكرس دور النائب القانوني عنهم كوكيل يمارس مهامهم في إطار الوكالة حيث يتم العمل بالقرار البديل، عوض القرار المُسانَد.
- تتيح مدونة الأسرة للأبوين إمكانية اختيار وصي على الأبناء، لكنها لا تتيح للأشخاص صلاحية اختيار وصي عليهم أو اختيار نائبهم القانوني.
- تنظم مدونة الأسرة مسطرة زواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية دون التنصيص على مشاركته في إجراءات زواجه[69]، مكرسة بذلك المفهوم التقليدي للنيابة القانونية القائمة على القرار البديل، لا على القرار المساند، في المقابل تغفل التنصيص على مسطرة طلاق الشخص المصاب بإعاقة ذهنية.

88. ولمعالجة الاختلالات الناجمة عن الاشكاليات المذكورة أعلاه، يقترح المجلس إعادة تنظيم مقتضيات الكتاب الرابع المتعلقة بالأهلية والنيابة القانونية والمواد الأخرى ذات الصلة، بما يكفل تدقيق مفهوم الإعاقة كأساس لقيام الحماية القانونية من خلال استحضار تنوع فئاتها، من قبيل الإعاقة الجسدية أو الذهنية أو العقلية أو الاجتماعية النفسية، وتنوع درجاتها، واعتماد التقييم الشمولي للإعاقة كأساس لاتخاذ القرار المساند والملائم من طرف المحكمة. كما يقترح المجلس أيضا إقرار نظام مساعدة قانونية ملائم لحاجيات الأشخاص ذوي الإعاقة الجسدية أو العجز الجسماني يكفل احترام إرادة هذه الفئات ويوفر الوسائل المناسبة لكل حالة من حالاتها واعتماد مفهوم جديد للنيابة القانونية على الأشخاص في وضعية إعاقة ذهنية قائم على المساعدة في الوصول الى القرار المُسانَد، عوض نظام الوكالة القائم على القرار البديل.

89. تتوخى هذه المقترحات تعزيز ملائمة مدونة الأسرة مع مقتضيات الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، لاسيما المادة 12(2) التي تنص على حقهم في الحصول على الأهلية القانونية، التي تشمل الحق في ممارسة جميع حقوقهم، والاعتراف بقراراتهم أمام القانون على قدم المساواة مع بقية الأشخاص ودون تمييز بسبب الإعاقة. كما تستلهم مقترحات المجلس

69- المادة 23 من مدونة الأسرة.

أيضا توجهات مجموعة من التشريعات المقارنة[70] التي بادرت الى تحديث قوانينها لملاءمتها مع مضمون المادة 12 من اتفاقية الأشخاص ذوي الإعاقة، اعتمادا على مجموعة من المبادئ أبرزها:

- **مبدأ الضرورة**: لا يجوز الأمر بإجراء من إجراءات الحماية لشخص في وضعية إعاقة إلا إذا كان هناك اضطراب في قدراته يقتضي ضرورة حقيقية لحماية مصالحه؛
- **مبدأ التناسب:** يجب أن يكيف الإجراء المتخذ مع حالة الشخص ذي إعاقة، وأن يعتمد اختيار التدبير على درجة القصور في قدرات الشخص المراد حمايته، وأن يكون محتواه فرديًا بحسب كل حالة على حدة؛
- **مبدأ التدابير الأقل تقييدًا**: لا ينبغي الأمر بأية تدابير تحد من أهلية الشخص في وضعية إعاقة إذا كان هناك تدبير أقل تقييدًا يحقق نفس الحماية (على سبيل المثال إذا أمكن توفير مصالح الشخص بشكل كافٍ من خلال تنفيذ وكالة الحماية المستقبلية التي أبرمها الطرف المعني أو من خلال تطبيق القواعد العامة للوكالة أو أي إجراء حماية آخر أقل تقييدًا)؛
- **مبدأ تقرير المصير**: يجب أن يكون للشخص في وضعية إعاقة الحق في اتخاذ قراراته الخاصة، قدر المستطاع، فيما يتعلق بجسده وممتلكاته وحياته، طالما كان قادرًا على القيام بذلك؛
- **مبدأ المشاركة وحماية الاستقلالية:** يجب على الوصي أو أي سلطة أخرى تم تعيينها لمساعدة الشخص في وضعية إعاقة، ضمان مشاركة جميع المعلومات معه فيما يتعلق بأموره الخاصة، والتشاور معه عند اتخاذ القرارات وأخذ رغباته بعين الاعتبار والتصرف بطريقة تسمح للشخص في وضعية إعاقة بالحفاظ على استقلاليته وكذلك المشاركة في الحياة الاجتماعية للشخص وحماية احتياجاته الثقافية والدينية.

70- راجع على سبيل المثال القوانين التالية:

-Adult Guardianship and Trusteeship Act, S.A. 2008, c A-4.2 (Alberta, Canada).

-Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015 (Act No. 64/2015) (Irland.).

-Loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, Belgique

-Ley 8/2021 de 2 de junio , por la que se reforma la legislacion civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad juridica. BOE-A2021-9233.Espana.

- Representation Agreement Act of British Columbia, R.S.B.C. 1996, Chapter 405, (British Columbia. Canada)

توصيات

- مراجعة الصياغة القانونية للمواد المتعلقة بالأهلية والنيابة الشرعية باعتماد لغة قانونية حقوقية تحترم كرامة الأشخاص في وضعية إعاقة.
- تدقيق مفهوم الإعاقة باستحضار تنوع فئاتها، من قبيل الإعاقة الذهنية أو العقلية أو الاجتماعية النفسية، واستحضار درجاتها.
- التأكيد على تقييم الإعاقة كأساس لاتخاذ القرار المساند والملائم من طرف المحكمة، من خلال الانتقال من النموذج الطبي المعتمد في مدونة الأسرة حاليا، إلى نموذج نسقي شامل في التقييم، يقوم على منهج مزدوج يعتمد مدخل درجة الإعاقة، وخلاصات التقرير التقييمي الوظيفي الاجتماعي لوضعية الإعاقة في علاقتها ببيئة محيط العيش.
- تكريس مفهوم جديد للنيابة القانونية على الأشخاص في وضعية إعاقة ذهنية قائم على المساعدة في الوصول الى القرار المُسانَد، عوض نظام الوكالة القائم على القرار البديل.
- تقنين نظام مساعدة قانونية ملائم لحاجيات الأشخاص ذوي الإعاقة الجسدية أو العجز الجسماني البليغ.
- تخويل الأشخاص صلاحية اختيار نائبهم القانوني إسوة بصلاحية اختيار الوصي على الأبناء.
- تحديد القانون نوعية القرارات التي يمكن للنائب القانوني أن يتخذها والقرارات المخولة للشخص في وضعية إعاقة ذهنية.
- إعادة تنظيم مسطرة زواج المصاب بإعاقة ذهنية طبقا للمادة 23 بضمان مشاركته في الإجراءات، وتقنين مسطرة طلاقه.
- مراجعة بيئة المحكمة وإجراءاتها وعملياتها لضمان إمكانية الولوج الفعلي للأشخاص ذوي الإعاقة.

14- الوصية

90. خصصت مدونة الأسرة الكتاب الخامس منها للوصية، حيث نظمتها في المواد من 277 الى 320، وعرفتها بأنها: «عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته»[71]، وتنعقد بإيجاب من جانب واحد وهو الموصي[72]، حيث يبقى له حق الرجوع في وصيته والغائها أو ادخال شروط عليها، حتى لو التزام بعدم ذلك[73]، وتصح الوصية لشخص معين أو غير معين[74]، كما تصح للجنين[75]، كما يصح أن يكون الموصى به عينا أو منفعة لمدة محددة أو مؤبدة[76]، كما تصح أيضا في حالة اختلاف الدين، إلا أنه : «لا وصية لوارث إلا إذا أجازها بقية الورثة «[77].

91. على الرغم من التقدم الذي شكلته مدونة الأسرة في مجال تعزيز المساواة بين الجنسين خاصة بعد إضافة الوصية الواجبة للكتاب الخامس الخاص بالوصية، فإن المجلس يسجل استمرار العديد من الاختلالات في تطبيق مقتضيات الوصية على النحو الذي يمس بحق الإنسان في التصرف في أمواله، ومن أبرزها ما يلي:

- اقتصرت مدونة الأسرة على تنظيم أحكام الوصية دون باقي التبرعات، التي تبقى خاضعة لقوانين أخرى عكس تشريعات أخرى خصصت كتابا للتبرعات يضم الى جانب الوصية عقودا أخرى؛
- رغم إمكانية لجوء الأشخاص قيد حياتهم الى اجراء ما شاءوا من تبرعات، إلا أن عدم الحصول على المشورة القانونية وضعف الوصول الى المعلومة يجعل عددا قليلا من الأسر تلجأ الى اجراء التصرفات القانونية البديلة لنظام الإرث؛
- رغم أهمية الوصية في تجسيد إرادة صاحب المال في تقسيم تركته بعد الوفاة، إلا أن المشرع قيدها بضرورة عدم تجاوز الثلث، وبأن لا تكون لوارث، إلا بإجازة باقي الورثة، بحيث يبدو أن إرادة الورثة مقدمة على إرادة صاحب المال؛
- يلاحظ أن المشرع ينظم الوصية الواجبة ضمن كتاب الإرث، وليس في كتاب الوصية، ورغم مراجعة أحكام الوصية الواجبة سنة 2004، وإقرار حق الأبناء من جهة البنت في الاستفادة من نصيب أمهم في تركة جدهم المتوفى قبلها، إلا أن هذا الحق يستفيد منه فقط أولاد

71- المادة 277 من مدونة الأسرة.

72- المادة 284 من مدونة الأسرة.

73- المادة 286 من مدونة الأسرة.

74- المادتان 288 و289 من مدونة الأسرة.

75- المادة 304 من مدونة الأسرة.

76- المادة 294 من مدونة الأسرة

77- المادة 280 من مدونة الأسرة.

الطبقة الأولى، بينما يستفيد أولاد الأبناء الذكور من الوصية الواجبة مهما نزلوا؛

- تقييد حرية الموصي في الوصية بعدم تجاوز الثلث وبأن لا تكون لوارث إلا بإجازة باقي الورثة.

- اعتبر المشرع أن التنزيل تسري عليه مقتضيات الوصية الارادية، لكنه أغفل التنصيص على استفادة المتكفل بهم في إطار قانون كفالة الأطفال المهملين من المقتضيات المتعلقة بالتنزيل أو بالوصية الواجبة.

92. ولمعالجة هذه الاختلالات التي أظهرتها الممارسة خلال العقدين المنصرمين، يقترح المجلس ثلاثة مداخل متكاملة:

أ- في إطار تكريس مبدأ سلطان الإرادة يقترح المجلس يقترح المجلس تخويل الأفراد إمكانية الاختيار بين الوصية وغيرها من التبرعات وبين نظام الإرث، مع التأكيد على حد أدنى لتدخل المشرع بقواعد آمرة لحماية بعض الفئات الهشة، وللحيلولة دون استغلال مقتضيات الوصية وغيرها من عقود التبرعات كوسيلة لحرمان النساء أو الفتيات من الإرث.

ب- رفع القيود المفروضة على الوصية، وتسهيل ولوج الأفراد للتبرعات المنصوص عليها في باقي القوانين، والتي قد تكون بديلا على نظام الإرث مع مواكبة ذلك بإصلاحات جبائية تحفيزية، مع توفير المشورة القانونية المسبقة لضمان فعلية الولوج الى العدالة والى المعلومة القانونية، للجميع، وللفئات الهشة على وجه الخصوص.

ج- كما يقترح أيضا نقل المقتضيات المتعلقة بالوصية الواجبة الى كتاب الوصية، وتوسيع نطاق الاستفادة منها لتشمل أيضا الأبناء المتكفل بهم في حالة عدم استفادتهم من وصية أو تنزيل، مع تمديد نطاق الوصية الواجبة للأحفاد من جهة البنت لتشمل جميع الأبناء مهما نزلوا.

93. وتجد هذه المداخل الثلاثة سندها في التوجه الذي أصبحت تكرسه القوانين الوطنية والدولية والرامي الى إقرار مبدأ سلطان الإرادة، وحرية الأشخاص في ابرام ما شاءوا من تصرفات أو عقود، فإذا كان للشخص في حياته أن يبرم ما شاء من عقود التبرع، فمن باب أولى أن تكون له نفس الحرية في ابرام التصرفات المضافة الى ما بعد الموت.

توصيات

- تخويل صاحب المال سلطة اختيار النظام المطبق على أمواله، إما الوصية أو الميراث؛
- رفع القيود المفروضة على الوصية بأن تصح لفائدة الورثة، وبأن تتجاوز حدود الثلث، دون حاجة الى موافقة الورثة؛
- تمديد نطاق الاستفادة من الوصية الواجبة لتشمل أولاد البنت من الذكوروالاناث مهما نزلوا؛
- التنصيص على استفادة المتكفل بهم من مقتضيات الوصية الواجبة في حالة عدم استفادتهم من الوصية الارادية أو التنزيل؛
- تعميم المعلومة القانونية حول العقود التبرعية التي يمكن للأشخاص القيام بها لفائدة الأبناء والأقارب ومواكبة ذلك بإصلاحات جبائية تحفيزية.

15- نظام الإرث

94. رغم أن مدونة الأسرة أكدت مبدأ الرعاية المشتركة للزوجين على الأسرة، إلا أن ذلك لم ينعكس على مقتضيات الكتاب السادس منها والمتعلق بالميراث، والذي بقي حاملا للعديد من مظاهر التمييز وعدم المساواة، ومن صورها:

- صعوبات ثقافية وقانونية واجرائية تحول دون وصول بعض النساء الى حقهن في الإرث في ظل غياب أي جزاء قانوني في حالة حرمانهن من الارث؛
- إشكاليات نظام التعصيب: ففي حالة وفاة أحد الزوجين ووجود بنات دون أبناء ينتقل جزء من التركة إلى أقرب وارث بالتعصيب دون أن يتحمل واجب الانفاق على البنات، كما أن مقتضيات مدونة الأسرة لا تستثني مسكن الزوجية والأموال المخصصة للأسرة من التركة؛
- اعتبار اختلاف الدين مانعا من موانع الميراث مما يؤدي الى عدم التوارث بين الأبناء وأمهم وبين الزوجين؛
- اعتبار البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب، بحيث لا يقع التوارث بين الطفل وبين أبيه البيولوجي إلا في حالة الإقرار به، وهو ما يعتبر تمييزا بين الأطفال بحسب الوضعية العائلية للأبوين؛

- المقتضيات المتعلقة بكتاب الميراث تعتبر مخالفة للقانون العام بالنسبة لعدد من بلدان الإقامة لمغاربة العالم، حيث يتم استبعاد تطبيق مدونة الأسرة لكونها تميز بين الجنسين، وبين الأطفال بحسب الوضعية العائلية للأبوين، وبحسب الأنصبة، وبسبب الدين؛

- عدم توريث ذوي الأرحام حيث أن بنات الأخ أو العم على سبيل المثال لا يرثن رغم أن أبناء الأخ وأبناء العم يرثون، وفي حالة وفاة شخص دون أن يترك أحدا من الورثة بالفرض أو التعصيب، باستثناء بنات الأخ أو بنات العم، فإنهن لا يرثن، وتنتقل التركة الى السلطة المكلفة بأملاك الدولة؛ أمام هذا الوضع أصبحت الكثير من الأسر، خاصة تلك التي لم ترزق بذكور- تلجأ بشكل متزايد الى القيام بإجراءات قانونية -وأحيانا صورية- كبديل عن القواعد الحالية لنظام الميراث، من قبيل البيع أو الصدقة أو الهبة، وذلك بهدف حماية بناتهن من قاعدة التعصيب وما قد يواجهن من حرمان من سكنهن بعد وفاة الاب، أو بهدف حماية أحد الزوجين المتبقي على الحياة أو من أجل تحقيق المساواة بين الاناث والذكور من أبنائهن.

- هذه الإجراءات، رغم ذلك، لا يمكنها أن تكون حلا لكافة الأسر المغربية بالنظر للمخاطر التي قد تطرحها والنزاعات التي قد تثيرها، وكذا لمحدودية وصول كافة الأسر الى امكانية اجرائها سواء نتيجة التكاليف المادية المرتبطة بها أو الظروف الاجتماعية للأسرة، وبالتالي فلا يمكنها أن تكون بديلا عن منظومة قانونية عادلة ومنصفة وكفيلة بتوفير حلول ملائمة، تأخذ بعين الاعتبار الوضعيات والتحولات العميقة التي يعرفها المجتمع المغربي.

95. لمعالجة مظاهر التمييز التي لازالت تطبع نظام الإرث يجدد المجلس دعوته الى مراجعة وتعديل الكتاب السادس الخاص بالميراث بما يتماشى مع مبادئ الدستور والاتفاقيات الدولية التي صادقت او انضمت اليها المملكة وخاصة اتفاقية حقوق الطفل، والغاء أو تعديل جميع المقتضيات القانونية التي قد تنطوي على تمييز ضد المرأة من أجل اعمال مبدأي المساواة والمناصفة اللذين كرسهما الدستور.

96. وفي هذا السياق يؤكد المجلس على مقترحه السابق بتخويل الأفراد إمكانية الاختيار بين الوصية وغيرها من التبرعات وبين نظام الإرث، مع ضمان حد أدنى لتدخل المشرع بقواعد آمرة لحماية بعض الفئات الهشة، وللحيلولة دون استغلال مقتضيات الوصية وغيرها من عقود التبرعات كوسيلة لحرمان النساء أو الفتيات من الإرث، و حذف كل المقتضيات التمييزية التي أصبحت متجاوزة في الواقع[78].

78- من بينها مثلا المادة 332 من مدونة الأسرة.

97. إن توصيات المجلس بمراجعة كتاب الإرث والوصية تجد سندها في كونها **تدعو الى تعزيز ملاءمة مدونة الأسرة مع الاتفاقيات الدولية**: التي صادق عليها المغرب، وعلى رأسها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي نصت في ديباجتها على مبدأ القضاء على التمييز ضد المرأة، وتعزيز مساواتها بالرجل، وأكدت أن التمييز ضد المرأة يشكل خرقا لمبدأ المساواة في الحقوق واحترام الكرامة الإنسانية(..)؛ كما ألزمت في مادتها الثانية الدول الأطراف ليس فقط بشجب جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وإنما باتخاذ الإجراءات المختلفة للقضاء على جميع أشكال التمييز ومظاهره المختلفة، وذلك بتجسيد أو إدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية، أو تشريعاتها المناسبة الأخرى، وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال التشريع، وباتخاذ جميع التدابير المناسبة بما في ذلك التشريعي منها، لتعديل، أو إلغاء، أو تغيير أو إبطال القائم من القوانين والأنظمة، والأعراف والممارسات القائمة التي تشكل تمييزا ضد المرأة؛

98. تأخذ هذه المقترحات كذلك بعين الاعتبار ما أكدت عليه **لجنة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة** في توصيتها العامة رقم (19)، على أنه: «يشمل تعريف التمييز العنف ضد المرأة القائم على الجنس أي العنف الموجه ضد المرأة بصفتها امرأة، أو ذاك الذي يلحق بالمرأة بصورة غير متوازنة، ويشمل ذلك الأفعال التي تلحق الأذى، أو المعاناة الجسدية، أو العقلية، أو الجنسية، والتهديد بمثل هذه الأفعال والقهر وأشكال الحرمان الأخرى من الحرية؛

99. **كما تهدف أيضا إلى ملاءمة المدونة مع مقتضيات الدستور المغربي الذي ينص في ديباجته** على حظر ومكافحة كل أشكال التمييز، بسبب الجنس أو اللون أو المعتقد أو الثقافة أو الانتماء الاجتماعي أو الجهوي أو اللغة أو الإعاقة أو أي وضع شخصي مهما كان، كما ينص في الفصل 19 منه على أنه: «يتمتع الرجل والمرأة، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى، وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها».

100. كما ترتكز مقترحات المجلس على **المرجعية الإسلامية السمحاء** والتي تنبني على الاجتهاد المنفتح على تطور المجتمع حيث تؤكد عدد من القراءات المعاصرة لموضوع الإرث، ضرورة وضع النصوص الناظمة لها في سياقها التاريخي، واستحضار نظرية التدرج كأسلوب تشريعي[79]، واعتماد تحليل مقاصدي يرتكز بالأساس على مقاصد الدين الإسلامي السمح القائمة على جلب

79- فريدة بناني: المساواة حلقة أخرى، مقالة منشورة في مؤلف جماعي تحت عنوان:"من أجل نقاش مجتمعي حول منظومة المواريث"، منشورات الفنك بالدار البيضاء، طبعة 2015، ص 34.

المصالح ودرأ المفاسد[80]، واعمال الاجتهاد[81]، وهو المنهاج الأمثل لملاءمة النص مع سياقه.

101. تهدف هذه المقترحات من جهة أخرى، إلى تعزيز قدرة مدونة الأسرة على مواكبة تحولات واقع المجتمع المغربي في المرحلة الراهنة من تطوره التاريخي. ومن هذه الزاوية، يمكن التأكيد على أن التمييز بين الذكر والأنثى في نصيب الإرث كان مرتبطا بمبررات تاريخية مثل: تحمل الرجل أعباء نفقة الأسرة والأقارب، ومسؤولية الدفاع عن العشيرة والقبيلة، والمسؤولية التضامنية، والنسب[82]، والملاحظ أن بعض هذه المبررات أصبح متجاوزا في الواقع، بعدما أصبحت الأسرة تحت الرعاية المشتركة للزوجين، وتراجعت الأسر الممتدة لصالح الأسر النووية، وأصبحت المرأة أكثر حضورا في الفضاء العام، وتساهم بنسب متزايدة في الانفاق على نفسها وعلى الآخرين، وهو ما تؤكده احصائيات المندوبية السامية للتخطيط لسنة 2020، والتي تفيد أن نسبة الأسر التي تعيلها النساء قد بلغت 16.7 % من مجموع الأسر المغربية.

102. كما تهدف كذلك إلى مواكبة التطور الذي تعرفه العديد من التشريعات المغربية التي أصبحت تكرس مبدأ المساواة بين الجنسين في الحقوق المدنية، وهو ما يبدو في إقرار نفس التعويضات المقررة لفائدة الأبناء الذين يتوفى أحد أبويهم بحسب نظام المعاشات المدنية والعسكرية، وكذلك وفق ما نص عليه ظهير 6 فبراير 1963 المتعلق بحوادث الشغل والأمراض المهنية، وظهير 02 أكتوبر 1984 المتعلق بالتعويض عن حوادث السير، وعدة نصوص أخرى. في نفس السياق يلاحظ أن مدونة الأسرة انفتحت على مذاهب متعددة وعلى اتفاقيات حقوق الطفل لضمان حقوق أوفر للأطفال وللطفلات من خلال إقرار الوصية الواجبة، والاعتراف بنسب الطفل المزداد خلال فترة الخطوبة.، وفي إقرار نظام الرد، وفي اعتبار الولاية في الزواج حقا للمرأة الرشيدة، ويمكن وفق نفس الاجتهاد إقرار مبدأ المساواة بين الجنسين في منظومة الميراث، أو توسيع مبدأ سلطان الإرادة في هذا المجال، والاستفادة من الإجراءات التي نصت عليها عدد من التشريعات المقارنة.

80- أسماء المرابط: إقامة العدل بين الرجال والنساء في الإسلام، الإرث نموذجا، مقالة منشورة في مؤلف جماعي تحت عنوان:"ميراث النساء دراسة متعددة الاختصاصات حول الإرث في المغرب"، مطبعة امبرانت بالدار البيضاء، طبعة 2016، ص 42.

81- الحسن رحو: النظام القانوني للزواج محاولة في التأصيل، منشورات REMALD ، الطبعة الأولى 2007، ص135.

82- أحمد الخمليشي: أفكار للمناقشة، الجزء الحادي عشر من سلسلة وجهة نظر، دار نشر المعرفة بالرباط، طبعة 2016، ص 191.

توصيات

- اعتماد لغة قانونية واضحة في كتابي الوصية والارث لجعلهما أسهل من حيث المقروئية مع ملاءمة مقتضيات هذا الكتابين مع القوانين الأخرى؛
- تدقيق مفهوم التركة باستخراج نصيب الزوجة أو الزوج الباقي على قيد الحياة من الأموال المكتسبة بعد الزواج، وذلك قبل توزيع التركة؛
- استثناء بيت الزوجية من نطاق التركة، و إقرار حق الانتفاع للزوجة أو الزوج الباقي على قيد الحياة؛
- تخويل صاحب المال سلطة اختيار النظام المطبق على أمواله، إما الوصية أو الميراث؛
- توسيع نطاق الرد لفائدة البنات في حالة عدم وجود أخ لهم، بأن تستحق البنت في حالة انفرادها نصف التركة، وفي حالة تعددها ثلثي التركة، وذلك بالفرض، وباقي التركة بالرد، بعد أخذ أصحاب الفروض نصيبهم؛
- حذف اختلاف الدين من موانع الميراث؛
- توسيع نطاق الورثة ليشمل ذوي الأرحام إسوة بعدد من التشريعات المقارنة، وذلك في حالة عدم وجود الورثة بالفرض والورثة بالتعصيب؛
- تجريم الحرمان من الإرث واعتبار الحرمان من الإرث في حق امرأة بسبب جنسها ظرف تشديد.

16- المادة 400 من مدونة الأسرة وإشكالية الاجتهاد

103. تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على ما يلي: «كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف»، ويتضح من خلال هذه المادة أن مدونة الأسرة اعتبرت المذهب المالكي قانونا تكميليا لبنودها، ولم تنص على ضرورة الرجوع اليه لتفسير نصوصها. كما أحالت المدونة فيما لم يرد فيه نص على المذهب المالكي والاجتهاد، دون أن توضح المقصود من الاجتهاد، وما إذا كان يعني الاجتهاد من داخل المذهب المالكي أو من خارجه، خاصة وأن المدونة انفتحت في مقتضياتها على مذاهب أخرى، كما لم توضح هذه المادة ما اذا كان بإمكان المحاكم في اطار الاجتهاد أن تعتمد

على مبادئ الاتفاقيات الدولية المصادق عليها. وفضلا عن ذلك فإن المادة 400 قيدت اللجوء الى المذهب المالكي أو الاجتهاد بشرطين أساسيين هما عدم وجود نص وضرورة مراعاة تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف.

104. وفي إطار متابعته ورصده لأوجه تطبيق هذه المادة يسجل المجلس تفاوت المحاكم في تطبيق مقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة، وهو ما أسهم في خلق عدة اختلالات في التطبيق، يمكن اجمالها فيما يلي:

- رغم تبني مدونة الأسرة لصياغة حديثة بدل المفاهيم التي تمس بكرامة وإنسانية المرأة، فإن هذه المفاهيم التي تمتهن كرامة المرأة أو الطفل تم تكريسها أحيانا من خلال بعض الأحكام القضائية، عن طريق النقل الحرفي لبعض أقوال الفقهاء دون مراعاة السياق التاريخي، ودون حذف المصطلحات المهينة، من قبيل وصم الأطفال المزدادين خارج إطار مؤسسة الزواج بأنهم «أبناء زنا»[83]، ووصف النساء بأنهن «ناشز»[84]، وإخضاع استحقاق المرأة لنفقتها في حالة النزاع لقواعد الحيازة على غرار الحيازة في الأشياء والمنقولات؛
- تم أحيانا اعتماد مقتضيات المذهب المالكي رغم وجود نصوص في المدونة، وهو ما يبدو من خلال اجتهاد محكمة النقض في اسقاط حق الزوجة طالبة التطليق للشقاق في الاستفادة من المتعة، كما تم الاعتماد على مقتضيات المادة 400 للاستمرار في سماع دعوى ثبوت الزوجية رغم انقضاء الفترة الانتقالية المقررة لها[85]، في المقابل رفضت محكمة النقض

83- جاء في قرار لمحكمة النقض: "... إن محكمة الاستئناف طبقت قواعد القانون وقواعد الفقه الإسلامي التي تعد بدورها بمثابة قانون، وهي تقرّ بأن ولد الزنا يلحق بالأم لانفصاله عنها بالولادة، بغض النظر عن سبب الحمل شرعي أو غير شرعي، ولا يلحق بالأب"
وعليه قضت محكمة النقض بموجب قرارها الصادر بتاريخ 2020/09/29 برفض طلب النقض المقدم من طرف المدعية.
-قرار عدد 1/275 بتاريخ 2020/09/29، في ملف شرعي عدد 2018/1/2/365.

84- جاء في قرار لمحكمة النقض: "إن الزواج مبني على المكارمة لا على المشاحة ويتحمل الزوجان واجبات وحقوق بعضهما على بعض المترتبة على عقد زواجهما كما هي محددة في الشرع الحكيم وفي مدونة الأسرة وهي القواعد التي يرجع إليها في كل نزاع ينشب بينهما ولم تنص المدونة ولا الفقه على الحق في التعويض للزوج بسبب امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية إلا ما كان من تحقق نشوزها إن هي امتنعت عن مساكنته في بيت الزوجية رغم صدور الحكم عليها بالرجوع إليه فيحق للزوج أن يطلب إيقاف نفقتها منذ امتناعها وتسقط عنه النفقة، وهو ما يعني أن جزاء النشوز هو سقوط النفقة ولا مجال لتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في الفصلين 77 و78 من قانون الالتزامات والعقود، إذ العلاقة الزوجية وما يترتب عنها من آثار يرجع في ذلك إلى مدونة الأسرة وإلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف"
- قرار رقم 55/2022 في الملف رقم 9827/1/3/2019 بتاريخ 25-01-2022 .

85- جاء في قرار لمحكمة النقض: "المحكمة لما عللت ما قضت به من عدم قبول سماع دعوى الزوجية بأنه قدم بتاريخ 2021/08/14 خارج انتهاء فترة التمديد في 2021/02/05 رغم أن الزواج يعود لسنة 2007 الذي كانت وقته الفترة الانتقالية سارية المفعول فإنها قد خرقت القانون. عند انتهاء الفقرة الانتقالية ودونما وجود نص يحدد تاريخ سماع دعوى الزوجية يرجع حينئذ للنظر فيها طبقا للمادة 400 من مدونة الأسرة إلى المذهب المالكي والاجتهاد القضائي الذي يراعى فيه تحقيق قيم العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف. المحكمة مصدرة القرار لما لم تعتمد المادة 400 المذكورة فإنها قد خرقت القانون وعرضت قرارها

أحيانا اعتماد المذهب المالكي لتقييد بعض المكتسبات التي تحققت بفضل مدونة الأسرة، حيث رفضت بطلان عقد زواج أبرمته امرأة راشدة دون ولي؛

- رغم تنصيص دستور 2011 على مبدأ سمو الاتفاقيات الدولية المصادق عليها على التشريع الداخلي، يلاحظ عدم تفعيل هذا المبدأ في عدد من قضايا الأسرة؛
- تطرح الإحالة على مقتضيات المذهب المالكي والاجتهاد إشكاليات تتعلق بمدى احترام مبدأ المساواة أمام القانون، نظرا لكثرة المصنفات الفقهية وعدم تقنينها، بشكل لا يحقق قدرة المتقاضين على معرفة القواعد التي ستطبق عليهم.

105. ولمعالجة الاختلالات المذكورة أعلاه يؤكد المجلس على أهمية اعتماد صيغة قانونية واضحة في المادة 400 وعلى أهمية اعتماد ضوابط دقيقة في عملية الاجتهاد طبقا للمذهب المالكي باعتباره مصدرا تاريخيا لمدونة الأسرة، وكذلك بقية المذاهب الأخرى، وذلك بناء على قيم ومبادئ العدل والمساواة والتضامن والانسجام النابعة من **الدين الإسلامي الحنيف لتحقيق الملاءمة مع المستجدات الحقوقية والقيم الكونية**[86]، كما يؤكد على أهمية اعتماد القضاة على مبادئ الاتفاقيات الدولية في تعليل الأحكام القضائية، خاصة وأن الاطلاع على التطورات المتعلقة بالقانون الدولي بما في ذلك الاتفاقيات الدولية وغيرها من الصكوك التي تحدد معايير حقوق الانسان، أضحى واجبا أخلاقيات تتضمنه مدونة الأخلاقيات القضائية[87].

106. ويستند تصور المجلس للتعديلات الواجب إدخالها على المادة 400 على الدستور المغربي الذي ينص في ديباجته على: «إرساء دعائم مجتمع متضامن يتمتع فيه الجميع بالأمن والحرية والكرامة والمساواة، وتكافؤ الفرص، والعدالة الاجتماعية، ومقومات العيش الكريم..»؛ وكذا على: «حظر ومكافحة كل أشكال التمييز، بسبب الجنس أو اللون أو المعتقد أو الثقافة أو الانتماء الاجتماعي أو الجهوي أو اللغة أو الإعاقة أو أي وضع شخصي، مهما كان»؛ ويؤكد على تعهد المملكة المغربية بالالتزام بما تقتضيه المواثيق الدولية من مبادئ وحقوق وواجبات، وبجعل الاتفاقيات الدولية كما تمت الصادق عليها، وفي نطاق أحكام الدستور، وقوانين المملكة وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملاءمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه تلك المصادقة».

للنقض".

- قرار رقم 358/2022 في الملف رقم 372/2/1/2022 بتاريخ 2022-06-21.

86- الرسالة الملكية السامية الموجهة الى المشاركين في المناظرة الدولية المنعقدة بمناسبة الاحتفال بالذكرى الخامسة والسبعون للإعلان العالمي لحقوق الانسان، والتي نظمها المجلس الوطني لحقوق الانسان بالرباط، بتاريخ 07 ديسمبر 2023.

87- البند 3 من المادة 17 من مدونة الأخلاقيات القضائية، الجريدة الرسمية، عدد 6967 بتاريخ 8 مارس 2021، ص 1796.

توصيات

- اعتماد صيغة قانونية واضحة في المادة 400 تؤكد على اعمال آلية الاجتهاد البناء، مع مراعاة مبادئ العدل والمساواة والمصلحة الفضل للطفل وعدم التمييز وقيم الدين الاسلامي الحنيف بما يتلاءم مع المستجدات الحقوقية والقيم الكونية.

مقترحات وتوصيات عامة:

1- توصيات تستهدف تجويد الصياغة القانونية لمقتضيات المدونة

107. يؤكد المجلس أن مدونة الأسرة نَصّ قانوني، ينبغي أن يُكتب بصياغة قانونية ولغة قانونية واضحة، سهلة الفهم ودقيقة، ومنسجمة داخل المدونة الواحدة، وبين هذه المدونة واللغة التي يستعملها المشرع عموماً في مختلف القوانين والمدونات. وإذ يثمن المجلس ما نصت عليه ديباجة المدونة من تبني صياغة حديثة بدل المفاهيم التي تمس بكرامة وإنسانية المرأة. فإنه يوصي بما يلي:

- **الحد من استعمال بعض العبارات غير القانونية التي تشكل مسا بوضعية المرأة أو الطفل أو الأشخاص في وضعية إعاقة**، مثل عبارة "المتعة"[88]، "مجهول النسب"[89]، "المجنون"[90]، "المعتوه"[91]؛
- **تفادي استعمال بعض لمصطلحات لا تنسجم مع المقتضيات المستعملة في قوانين أخرى**، مثل "الدية"[92]، عوض التعويض المنصوص عليه في قانون المسطرة الجنائية، وفي قوانين أخرى مثل ظهير 6 فبراير 1963 المتعلق بحوادث الشغل والأمراض المهنية، وظهير 02 أكتوبر 1984 المتعلق بالتعويض عن حوادث السير؛
- **الحد من استعمال العبارات والألفاظ ذات الحمولة التمييزية بين الرجل والمرأة** من قبيل التنصيص على "الخطيب" و"المخطوبة"[93]، عوض "الخطيبة"، رغم مراجعة تعريف الخطبة، واعتبارها تواعدا على الزواج، لا مجرد وعد بالزواج[94]، أو التنصيص على أن الأب هو الولي على أبنائه بحكم الشرع[95]، بينما تكون ولاية الأم مشروطة بالقانون[96].

88- المادة 184 من مدونة الأسرة.

89- المادة 145 من مدونة الأسرة.

90- المادتان 217 و279 من مدونة الأسرة.

91- المواد 213-216-220-228-233-279 من مدونة الأسرة.

92- تنص المادة 333 من مدونة الأسرة، على ما يلي:" من قتل موروثه عمدا، وإن أتى بشبهة لم يرث من ماله، ولا ديته، ولا يحجب وارثا. من قتل موروثه خطأ ورث من المال دون الدية".

93- المواد 8 و9 و 156 من مدونة الأسرة.

94- تنص المادة 5 من مدونة الأسرة على أن "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج"، بينما نص الفصل 2 من مدونة الأحوال الشخصية على أن الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج".

95- المادة 236 من مدونة الأسرة.

96- المادة 238 من مدونة الأسرة.

- **تجاوز الاضطراب الذي تعرفه المدونة في استعمال بعض المصطلحات أحيانا داخل نفس المواد**، كالخلط بين "الإقرار" و"الاستلحاق" في المواد المتعلقة بالإقرار بالنسب[97]، والخلط بين الزواج والخطبة في المادة 156 من مدونة الأسرة، حيث يتحدث المشرع عن اشتهار الخطبة بين الأسرتين، ويشترط "موافقة ولي الزوجة" رغم أن المادة تتعلق بخطبة لا بزواج؛
- **تجنب استعمال صيغ تفيد المثال عوض الحصر، حينما يتعلق الأمر بمقتضيات واردة على سبيل الحصر**، وهو ما يبدو في استعمال عبارة "الكاف" في المادة 329 التي تنص على أن «أسباب الإرث كالزوجية والقرابة أسباب شرعية لا تكتسب بالتزام ولا بوصية، فليس لكل من الوارث أو الموروث إسقاط صفة الوارث أو الموروث، ولا التنازل عنه للغير»، إذ تفيد هذه المادة أن أسباب الإرث واردة على سبيل المثال، والحال أنها واردة على سبيل الحصر في القانون، وتتمثل في الزوجية والقرابة؛
- **الاهتمام بطريقة تصنيف وترتيب وتبويب بعض المقتضيات من مدونة الأسرة لتفادي الآثار السلبية للاضطراب الذي يعرفه تصنيف بعض المقتضيات على تطبيقها**، كما هو الشأن بالنسبة للمادة 186 التي تنص على أنه: تراعي المحكمة مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذا الباب". فرغم أن هذا المقتضى يعتبر تكريسا لمبدأ المصلحة الفضلى للطفل طبقا لاتفاقية حقوق الطفل، إلا أن التنصيص على هذا المبدأ في المادة الأخيرة من الباب المتعلق بالحضانة، أعطى انطباعا أثناء التطبيق بأن المصلحة الفضلى للطفل لا يتم مراعاتها إلا في باب الحضانة، دون بقية الأبواب مثل البنوة والنسب والنفقة والنيابة القانونية والوصية والميراث. ولذلك يقترح المجلس أن يتم التنصيص على مبدأ المصلحة الفضلى للطفل، في المادة 400، لتسري على كافة مقتضيات مدونة الأسرة؛
- **معالجة الاختلالات المرتبطة بضوابط السلطة التقديرية للقاضي**، حيث يسجل المجلس وجود بعض التطبيقات القضائية التي لا تنسجم مع التزامات بلادنا في مجال حقوق الإنسان. وهو ما يعزى أحيانا كثيرة، إلى عدم وضوح النصوص القانونية الواردة في مدونة الأسرة فيما يخص بعض الجوانب التي تبين كيفية تطبيقها، مما يفتح الباب التأويل، ويؤدي إلى إصدار أحكام لا تأخذ بعين الاعتبار التراكم المحقق على مستوى حقوق المرأة أو الطفل، على غرار إشكالية تفاوت السلطة التقديرية للمحاكم في تفسير شرط المصلحة[98]، أو شرط الأسباب القاهرة[99]،

97- المادة 160 وما يليها من مدونة الأسرة.
98- المادة 20 من مدونة الأسرة..
99- المادة 16 من مدونة الأسرة.

أو الظروف القاهرة[100]، أو المبرر الموضوعي الاستثنائي[101]، أو عمل كل واحد من الزوجين[102]، أو الأمانة أو الاستقامة[103]، فضلا عن التفاوت في تقدير مبالغ التعويضات أو المستحقات المالية المحكوم بها[104].

- **معالجة الالتباس الناجم عن الاختلاف في استعمال المصطلحات بين النص العربي وترجمته باللغة الفرنسية**، من قبيل استعمال عبارة "الشرعية" في النص العربي، و"القانونية" في النص في صيغته الفرنسية، وهو ما يبدو في الأمثلة التالية:
  - النيابة الشرعية La capacité légale
  - النائب الشرعي Le tuteur légal
  - الطلاق Le divorce sous contrôle judiciaire
  - التطليق le divorce judiciare
  - المساكنة الشرعية la cohabitation légale
  - الوسائل الشرعية لثبوت النسب Les moyens légaux de preuve pour établir la filiation

2- توصيات تهدف الى تعزيز التقائية مدونة الأسرة مع التشريعات الوطنية الأخرى

108. **تعزيز التقائية مدونة الأسرة مع باقي القوانين ذات الصلة، وذلك لمعاجة** مختلف الإشكالات المتعلقة بتطبيق مدونة الأسرة والتي ترتبط بوجود منظومة قانونية وطنية مازالت، تكرس الممارسات التمييزية في حق المرأة، بل وتساهم في الكثير من الأحيان في تعريضها للعنف بحكم القانون والممارسة، كوجه من أوجه غياب الالتقائية بين المدونة وباقي القوانين تارة، ومحدودية ملاءمة التشريعات مع المعايير الدولية لحقوق الانسان تارة أخرى. فتنصيص المادة 124 من مدونة الاسرة على تخيير المرأة الرجوع الى بيت الزوجية أو اللجوء الى مسطرة الشقاق في حالة امتناعها ورفضها الرجوع الى بيت الزوجية فيه نوع من التعسف ضد المرأة التي تجد نفسها وفي الكثير من الحالات مضطرة للرجوع الى بيت الزوجية بسبب وضعها الاجتماعي والاقتصادي

100- المادة 156 من مدونة الأسرة.

101- المادة 41 من مدونة الأسرة.

102- المادة 49 من مدونة الأسرة.

103- المادة 173 من مدونة الأسرة.

104- أنظر المواد 84-85-168-190 من مدونة الأسرة.

الهش أو بسبب الضغط الذي تتعرض له من طرف عائلتها، غالبا بسبب وجود الأبناء، دون الأخذ بعين الاعتبار احتمال تعرضها للعنف من طرف الزوج. وهو ما يفرض اتخاذ مجموعة من الإجراءات التشريعية على مستوى المنظومة الجنائية تعزز من دور المؤسسة القضائية في المراقبة القبلية والبعدية، من خلال المواكبة، وتوفير عدد كاف مراكز الايواء التي تستقبل النساء ضحايا العنف ، والنساء ضحايا العنف الزوجي بصفة خاصة، عندما يتبين للقاضي جدية ادعاء الضحايا.

109. **إدراج بعض أوجه العنف الذي تتعرض له المرأة داخل بيت الزوجية كالاغتصاب الزوجي في القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء واعتباره شكلا من أشكال العنف الممارس ضدها**. علاوة على ذلك، يمكن اعتبار الإشكالات التي تطرحها حماية القاصرين المنصوص عليها في القانون الجنائي والتي تغفلها مدونة الأسرة مظهرا آخر من مظاهر ضعف التقائية المدونة مع باقي القوانين ذات الصلة؛ فإذا كانت المنظومة الجنائية الوطنية تنص على حماية القاصرين من شتى مظاهر التغرير التي يحتمل ارتكابها في حقهم، فإن مدونة الأسرة لا تساير هذا التوجه عندما تنص على تزويج القاصرين، مع العلم أن اجبار الأطفال على الزواج مبكرا يشكل انتهاكا لحقهم في الاختيار ويعتبر شكلا من أشكال التغرير بهم.

3- توصيات خاصة بتأهيل محاكم الأسرة وتطوير قدرات مواردها البشرية

110. يوصي المجلس **بالعمل على تسريع جهود تأهيل محاكم الأسرة والارتقاء بها لتصبح محاكم أسرة متخصصة مع احداث محاكم استئناف أسرية متخصصة، و إيجاد الحلول الملائمة لمعالجة معضلة توفير الموارد اللازمة، المالية واللوجيستيكية**، التي لازمت إنفاذ مدونة الأسرة على أرض الواقع على مدار العقدين المنصرمين. وتبين الأرقام الصادرة عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية، في التقرير المشار اليه أعلاه، حجم الخصاص الذي تعاني منه أقسام قضاء الأسرة على مستوى الموارد البشرية. فعلى مستوى تفرغ القضاة، أبانت المعطيات الإحصائية أن ما يناهز 63.55%، من القضاة، غير متفرغين يمارسون مهام أخرى بالموازاة مع مهاهم داخل أقسام الاسرة، كما بينت هذه الأرقام أن 10 أقسام فقط من أصل 71 قسما للأسرة هي من يتفرغ كل قضاتها للعمل داخلها وهو ما يمثل 14.08% فقط من مجموع الأقسام. علاوة على ذلك، فإن عدد القضاة يبقى ضئيلا مقارنة بعدد القضايا التي يتم البت فيها من طرف قضاء الأسرة، والتي تجاوزت 588957 قضية خلال سنة 2021، أي ما يعادل 810 ملف لكل قاضي.

وبالرجوع الى المعطيات الإحصائية، لنفس السنة، يتبين أن عدد القاضيات والقضاة المشتغلين بهذه الأقسام بلغ ما مجموعه 727 قاضي بمتوسط 10 قضاة لكل قسم، مع العلم أن حوالي 25.36% من مجموع الأقسام، لا يتجاوز عدد القضاة المشتغلين فيها 5 قضاة[105].

111. كما يوصي المجلس **بتحسين ظروف العمل المادية بمحاكم الأسرة**، التي تبقى طاقتها الاستيعابية غير كافية لاحتواء أعداد الوافدين عليها من مرتفقين ومتقاضين، بسبب عدم التوفر على عدد كاف من قاعات الجلسات، بحيث أن 32.39%من الأقسام لا تتوفر على هذا النوع من القاعات، هذا في الوقت الذي تعتبر فيه 40.85% من الأقسام غير لائقة. أما بخصوص الموارد البشرية المكلفة بمكاتب الواجهة والتي تقوم بدور محوري في تقديم خدمة قضائية ميسرة وفعالة مع توفير ظروف سليمة وملائمة لاستقبال المتقاضين ومنتسبي المهن القضائية، فإن أرقام المجلس الأعلى للسلطة القضائية تبين أن 21.13% من الأقسام لا تتوفر على العدد الكافي من الموظفين أو في حالة توفرهم يكونون في حاجة إلى التكوين والتأهيل، في حين 35.21% من الأقسام لا تتوفر على موظفين بمكاتب الواجهة[106].

112. **تعزيز جهود التكوين المستمر ومواصلة بناء القدرات في مجال حقوق الإنسان للموارد البشرية** لتمكينها من مواكبة المستجدات المتسارعة التي تعرفها مادة حقوق الإنسان سواء من حيث التفاعل مع المنظومة الأممية لحقوق الانسان أو من حيث الالتزام بالمعايير الناتجة عن هذا التفاعل. وقد أكدت المقررة الخاصة المعنية باستقلال القضاة والمحامين، في هذا المجال على ضرورة توفير التدريب في مجال حقوق الإنسان وبناء القدرات للجهات الفاعلة الرئيسية في النظام القضائي حتى يقوم القضاة بدورهم الاساسي في كفالة تطبيق الالتزامات الدولية في مجال حقوق الإنسان، وتأويل التشريعات في ضوء المعايير الدولية ذات الصلة[107].

113. وعلاقة بالموضوع، يوصي المجلس بضرورة الاسترشاد بما جاء في توصيات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التي تطلب من الدول الأطراف في الاتفاقية، أن تعمل على **دمج اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتوصيات العامة الصادرة عن اللجنة وما يتصل بذلك من تشريعات، كجزء لا يتجزأ من أنشطة التثقيف والتدريب القانونيين التي تستهدف موظفي الجهاز القضائي** بمن فيهم القضاة وأعضاء النيابة العامة وأن تكفل الدول، على وجه الخصوص، إلمام القضاة وموظفي المحاكم بمضامين الاتفاقية والتزامات الدولة بموجبها. ويشدد المجلس على أن تملك القضاة للمعايير الدولية في مجال حقوق الإنسان،

105- المجلس الأعلى للسلطة القضائية، تقرير حول القضاء الأسري بالمغرب، يناير 2023، ص 76 وما بعدها.

106- المرجع السابق، ص 82 وما بعدها.

107- تقرير المقرر الخاص المعنية باستقلال القضاة والمحامين، غابرييلا كنول لسنة 2010، A/HRC/14/26.

تقرير المقررة الخاصة المعنية باستقلال القضاة والمحامين، غابرييلا كنول لسنة 2012، **A/HRC/20/20.**

خاصة في المادة الأسرية، عامل مهم يساهم في بلورة اجتهادات قضائية تنهل من المرجعية الدولية لحقوق الانسان وتأخذ بعين الاعتبار التزامات بلادنا في هذا الإطار، وهو ما يستدعي من المكلفين بالشأن القضائي، وبشراكة مع المؤسسات المعنية بحقوق الانسان بلورة دورات تكوينية تهم المادة الأسرية وحقوق الإنسان.

4- توصيات تروم تعزيز التقائية مدونة الأسرة والسياسات العمومية ذات الصلة بتطبيقها

114. اتخاد تدابير، تماشيا مع المادة الرابعة من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة والتوصية العامة رقم 25 للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن التدابير الخاصة المؤقتة لسنة 2004، قصد تعزيز مشاركة المرأة في جميع المجالات المشمولة باتفاقية CEDAW، مع وضع أهداف ومعايير محددة زمنيا وذلك من أجل التعجيل بتحقيق المساواة الفعلية بين الجنسين، ولا سيما في مجالات المشاركة السياسية والتعليم والعمالة والرعاية الصحية.

تماشيا مع التوصية العامة رقم 36 للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن حق الفتيات والنساء في التعليم لسنة 2017، ومع الهدف رقم 4-1 من أهداف التنمية المستدامة المتمثلة في ضمان أن يتمتع جميع الفتيات والفتيان بتعليم ابتدائي وثانوي مجاني ومنصف وجيد، التوصية رقم 32 من الملاحظات الختامية الموجهة للمغرب من طرف اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة سنة 2022 (CEDAW/C/MAR/CO/5-6)، فإن المجلس الوطني لحقوق الإنسان يوصي بضرورة اتخاذ تدابير محددة الأهداف لمنع الهدر المدرسي، ولا سيما الهدر المسجل على مستوى العالم القروي وتشجيع عودة الفتيات المنقطعات عن الدراسة إلى التعليم، مع العمل على مواصلة تعزيز الجهود، خاصة من خلال تعزيز دور الوكالة الوطنية لمحاربة الأمية، من أجل التصدي لمعدلات الأمية المرتفعة في صفوف النساء والفتيات، خاصة القاطنات منهن في العالم القروي.

مواصلة الجهود لتحقيق المساواة الفعلية بين المرأة والرجل في سوق العمل، وتعزيز وصولهن للقطاع المهيكل، مع اتخاذ ترتيبات عمل مرنة لكفالة التوازن بين الحياة الأسرية والحياة المهنية.

بناء قدرات القضاة والمدعين العامين والمحامين وجميع أجهزة نفاذ القانون في مجال حقوق الإنسان، ولا سيما حقوق المرأة، بسبل منها جعل التدريب على الاتفاقية والتوصيات العامة للجنة جزءا إلزاميا من تدريبهم المهني، مع العمل على نشر المعلومات باللغتين العربية والأمازيغية، ولا سيما بين

النساء والفتيات في العالم القروي، حول الآليات والإجراءات المتاحة للنساء والفتيات للحصول على الانتصاف المناسب في حالة تعرض حقوقهن للانتهاك؛

وضع وتنفيذ برامج توعية لتعزيز فهم أفضل للمساواة بين المرأة والرجل على جميع المستويات والتصدي للمواقف النمطية بشأن أدوار ومسؤوليات المرأة والرجل، بما في ذلك الأنماط والمعايير الثقافية النمطية التي تساهم بشكل أساسي في استمرار واستدامة التمييز المباشر وغير المباشر ضد النساء والفتيات في جميع مجالات حياتهن؛ كما يوصي المجلس بإدراج مواد تكرس المساواة بن الجنسين في المناهج والمقررات التعليمية وتساهم في إزالة الصور النمطية الجنسانية. كما يؤكد المجلس على ضرورة مواصلة التوعية بحقوق المرأة والمساواة بين الجنسين في أوساط الصحفيين والإعلاميين، وإدماج التثقيف بشأن حقوق المرأة في التدريب المهني للإعلاميين، واشراك المؤسسة الدينية من أجل التقدم في النقاشات والمواضيع ذات الصلة بالمساواة ومناهضة كافة أشكال التمييز ضد المرأة.

جدول إشكاليات مدونة الأسرة ومقترحات تعديلاتها

المادة/الموضوع	الاشكاليات	المقترح
نطاق تطبيق مدونة الأسرة المادة 2	-أغفلت المادة 2 تحديد القانون المطبق على الأجانب المتواجدين في وضعية غير قانونية؛ -كرست المادة 2 امتياز الذكورة والجنسية والديانة على حساب ضابط الإرادة الذي أصبح يضطلع بأدوار مهمة في حل الإشكاليات المتعلقة بتنازع القوانين في الأنظمة الحديثة؛ -أغفلت مدونة الأسرة تنظيم مقتضيات الزواج المختلط في صلب مدونة الأسرة، حيث ما يزال خاضعا لظهير 04 مارس 1960 المتعلق بالأنكحة بين المغاربة والأجانب؛ -أغفلت تنظيم زواج الأجانب في صلب مدونة الأسرة، حيث ما يزال خاضعا لمقتضيات ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب.	-تعديل مقتضيات المادة 2 من مدونة ليشمل نطاقها أيضا الأجانب الموجودين في وضعية غير قانونية؛ -تنظيم مسطرة الزواج المختلط وزواج الأجانب مع التنصيص على حق الأطراف في الاتفاق على اختيار القانون الذي يطبق عليهم.
زواج المغاربة بالخارج المادة 14 و15	- يطرح شرط "شاهدين مسلمين" إشكالية لمغاربة العالم، لوجود قوانين لا تنص على حضور الشهود لمجلس العقد؛ -أجل 3 أشهر لإيداع عقد الزواج بالمصالح القنصلية المغربية التابع لها محل إبرام العقد، يبقى غير كاف.	-حذف الفقرة الثانية من المادة 14، والابقاء على خضوع عقود الزواج المبرمة بالخارج في شروطها الشكلية لقوانين بلدان الإقامة؛ -التنصيص على ارسال نسخة من عقد الزواج الى المصالح القنصلية عبر وسائل التواصل عن بعد، ورفع الأجل الى 6 أشهر.

ثبوت الزوجية المادة 16	- كان الهدف من هذه المادة هو تسوية وضعية الأشخاص المتزوجين قبل صدور مدونة الأسرة بشكل غير موثق، إلا أن حصيلة التطبيق أكدت أن غالبية من يلجأ اليها هم الأشخاص الذين تزوجوا بعد صدور مدونة الأسرة؛ الفترة الانتقالية المقررة لسماع دعوى الزوجية، تحولت الى وسيلة للتحايل على مقتضيات تعدد الزوجات وتزويج الطفلات، وهو ما أفرز أشكالا ملتبسة من الزواج كالزواج بالكونترا.	-حذف الفقرة الثانية من المادة 16 والإبقاء على الفقرة الأولى باعتبار عقد الزواج هو الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج؛ -تبسيط إجراءات توثيق الزواج، بحذف مسطرة الاذن القضائي بتوثيق الزواج، وتخويل ضباط الحالة المدنية صلاحية توثيقه إلى جانب العدول. -حماية حق الطفل في النسب بغض النظر عن الوضعية العائلية للأبوين.
زواج الأطفال المواد 20 وما يليها	-عدم تحديد سن أدنى لزواج من هم دون 18 سنة؛ -عدم التنصيص على وجوب الاستماع للطفل الذي يبدو أجنبيا على هذه المسطرة؛ -عدم التنصيص على وجوب الاستماع الى الخاطب لاكتمال وضوع عناصر المصلحة التي يتم البحث عنها في زواج الطفلة أو الطفل، حيث يعتبر الخاطب أجنبيا على مسطرة تزويج القاصر، وهو ما قد يعرض هذا الأخير الى عدة مخاطر من قبيل أن يصدر مقرر قضائي بكون الطفل أو الطفلة قادرة على الزواج، ثم يتم تزويجها بشخص يكبرها سنا، أو يتواجد بالسجن من أجل جرائم تتعلق بالاعتداءات الجنسية ضد الأطفال.. -عدم التنصيص على ضرورة أن يكون الطرف الثاني راشدا، مما يعني أن المدونة سمحت بإمكانية زواج الأطفال فيما بينهم؛	-حذف المواد من 20 الى 22 من مدونة الأسرة. -التنصيص على جزاء في حالة مخالفة مقتضيات المادتين 16 و18 من مدونة الأسرة. -حماية حق الطفل في النسب بغض النظر عن الوضعية العائلية للأبوين.

	-تفاوت المحاكم في تحديد مفهوم المصلحة الفضلى للطفل ؛ -عدم التنصيص على الزامية القيام بالخبرة الطبية والبحث الاجتماعي لاستعمال المشرع عبارة «أو» التي تفيد التخيير؛ -عدم قابلية المقرر الصادر بالإذن بتزويج قاصر للطعن في حالة الاستجابة الى الطلب؛ -عدم التنصيص على الاختصاص المحلي؛ -عدم التنصيص على جزاء في حالة عدم احترام المقتضيات الواردة في المادة 20 من مدونة الأسرة، من خلال الاكتفاء بإبرام زواج الفاتحة أي الزواج بطريقة غير قانونية.	
تعدد الزوجات المواد 39 الى 46	-تفاوت المحاكم في تقدير شرط المبرر الاستثنائي الموضوعي (الرغبة في انجاب الذكور، الزوجة مصابة بالسكري، عدم قدرة الزوجة على القيام بالأشغال المنزلية...)؛ -في حالة رفض الزوجة للتعدد تحال على مسطرة الشقاق تلقائيا؛ -عدم قابلية المقرر بالاذن بالتعدد للطعن من طرفة الزوجة في حالة استجابة المحكمة، بينما يجوز للزوج الطعن في حالة رفض الطلب، وهو تمييز اجرائي بين الزوجين؛ - عدم وجود جزاء على مخالفة مسطرة التعدد؛	حذف المواد 39 الى 46 من مدونة الأسرة.

	- تعتبر اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة تعدد الزوجات أمرا مناف لكرامة النساء والفتيات، وتذكر بالالتزامات الصريحة للدول الأطراف في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي تقتضي منها كبح ممارسة تعدد الزوجات وحظرها لكونها منافية للاتفاقية؛ -تعدد الزوجات أصبح نادرا داخل المجتمع المغربي، إذ لا يشكل الا نسبة لا تتعدى 0.66% من مجموع أذونات الزواج التي تصدرها المحاكم.	
مانع اختلاف الدين في الزواج المادة 39	-أتاحت مدونة الأسرة للمغربي المسلم الزواج من كتابية، ومنعت المغربية المسلمة من الزواج بكتابي؛ -يعد مانع اختلاف الدين في الزواج قيدا يحد من حرية الأطراف في الزواج، وتمييزا بين الجنسين، ومسا بمبدأ حرية المرأة في اختيار زوجها، وهو ما يتعارض مع اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ومع قوانين بلدان الإقامة في عدد من التشريعات المقارنة لتعارضه مع النظام العام مما يؤدي الى استبعاد مدونة الأسرة من التطبيق على الجالية المغربية المقيمية بالخارج مما يثير إشكالية تنازع القوانين. -وجود هذا المنع في القانون لم يمنع من ابرام هذا الزواج في الواقع، دون احترامه، أو بالاكتفاء بتغيير الدين شكليا..	-حذف اختلاف الدين من الموانع المؤقتة للزواج المنصوص عليها في المادة 39، واعتباره حقا للمرأة الراشدة في اختيار زوجها (على غرار الكفاءة والولاية في الزواج).

-تدبيرو اقتسام الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية المادة 49	-ندرة لجوء الأزواج الى ابرام عقود مستقلة لتدبير الأموال المكتسبة، بسبب عدم العلم بمقتضيات المادة 49، واحجام بعض العدول عن اشعار المقبلين على الزواج بمقتضياتها، في مجلس إبرام العقد أو بسبب عوامل ثقافية أو اجتماعية؛ -عدم توضيح المادة 49 من مدونة الأسرة لأنواع الأنظمة المالية الممكن اختيارها، باستثناء تنصيصها على نظام استقلال الذمة المالية، وهو ما جعل مقتضيات هذه المادة غامضة لدى المقبلين على الزواج بسبب عدم تحديد التزامات كل الطرفين وحقوقهما بحسب كل نظام مالي، ومدى إمكانية تغيير النظام المالي الذي تم اختياره، وطريقة تصفية الأموال؛ -الرجوع الى القواعد العامة للإثبات في غياب عقد تدبير الأموال المكتسبة يطرح إشكالية عبء الاثبات داخل العلاقة الزوجية وما تفرضه من ثقة متبادلة بين الزوجين تجعلهما لا يأخذان احتياطاتهما المسبقة للاحتفاظ بما يثبت مساهمتهما في تنمية أموال الأسرة ؛ -تنصيص المادة 49 على ضرورة "مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمّله من أعباء لتنمية أموال الأسرة" يطرح اشكال موقف القضاء من العمل المنزلي والذي يبقى متفاوتا بين المحاكم، بين اتجاه يعتبر العمل المنزلي واجبا على الزوجة طبقا للمادة 51، واتجاه ثان يعتبره مساهمة في تكوين الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية؛	-تعديل المادة 49 وذلك ب: -إضافة عبارة **العمل المنزلي** للفقرة الأخيرة من المادة 49 لتصبح كالتالي: مع مراعاة العمل المنزلي لكل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمّله من أعباء لتنمية أموال الأسرة". -تعديل المادة 65 من مدونة الأسرة بإضافة مطبوع خاص يتعلق بالأنظمة المالية يحدد شكله ومضمونه بقرار لوزير العدل. -تعديل المادة 322 من المدونة الخاصة بالحقوق المتعلقة بالتركة، بإضافة نصيب أحد الزوجين من الأموال المكتسبة بعد الزواج لتصبح كالتالي: "تتعلق بالتركة حقوق خمسة تخرج على الترتيب الآتي: 1- الحقوق المتعلقة بعين التركة، 3-نفقات تجهيز الميت بالمعروف، 3-ديون الميت، بما فيها نصيب الزوج من الأموال المكتسبة بعد الزواج، 4-الوصية الصحيحة النافذة، 5-المواريث بحسب ترتيبها في هذه المدونة".

	-يلاحظ أن نصيب الزوجين من الأموال المكتسبة يطرح في حالة انفصال العلاقة الزوجية بالطلاق والتطليق، ولا توضح هذه المادة مدى إمكانية الأزواج في المطالبة بنصيبهم من هذه الأموال أثناء قيام العلاقة الزوجية، أو في حالة الوفاة، حيث تختلط التركة بنصيب الزوجة أو الزوج الباقي على قيد الحياة.	
الطلاق والتطليق **الكتاب الثاني**	أبقت مدونة الأسرة على تمييز بين الزوجين في ممارسة مساطر الطلاق والتطليق، حيث وضعت مساطر خاصة للزوج (الطلاق الانفرادي)، ومساطر متاحة للزوجين معا (التطليق للشقاق والطلاق الاتفاقي)، ومساطر متاحة للزوجة فقط (التطليق لأحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 كالتطليق للضرر وللغيبة...، وطلاق الخلع)، وقد أدى هذا الوضع الى خلق تمييز على مستوى الواقع من خلال عدم قبول طلبات التطليق المقدمة من طرف أزواج رجال في حالة غيبة الزوجة، أو للضرر، بعلة أن هذه المساطر متاحة للزوجات فقط؛	-حذف التمييز بين الطلاق والتطليق والإبقاء فقط على التطليق القضائي؛ -حذف مسطرة الاشهاد على وقوع الطلاق واعتبار التطليق من تاريخ صدور الحكم القضائي؛ -حذف المساطر التي أصبحت متجاوزة في الواقع وبالأخص (طلاق الخلع، الطلاق المملك، التطليق للعيب، التطليق للإيلاء والهجر)؛ -الإبقاء على مسطرتين للتطليق القضائي: التطليق باتفاق الزوجين، أو التطليق بناء على طلب أحد الزوجين للأسباب التالية: للشقاق-للضرر-للغيبة، لعدم الانفاق، الغيبة؛ -مأسسة الوساطة الأسرية واعتبارها مرحلة الزامية قبل المرحلة القضائية؛ -إعادة تنظيم المستحقات المالية المترتبة عن التطليق القضائي بما يكفل مراعاة الوضعية المالية للزوجين معا وتحملهما واجب الانفاق المشترك على الأسرة؛

أبقت مدونة الأسرة على التمييز بين مساطر الطلاق والتطليق، بحيث تستوجب قيام الأزواج بعد صدور الحكم القضائي باستنفاذ إجراءات الاشهاد على وقوع الطلاق لدى عدلين في مساطر الطلاق، وتعتبر الحكم القضائي في مساطر التطليق كافيا لإنهاء العلاقة الزوجية دون حاجة للإشهاد عليه، ويؤدي عدم المام بعض المتقاضين بالقانون للتمييز بين مساطر الطلاق والتطليق الى خلق أوضاع مضطربة، كأن يستنفذ الزوج إجراءات الطلاق، وحينما يصدر حكم قضائي بالإشهاد عليه، لا يقوم بذلك، فتضطر الزوجة لتقديم طلب جديد؛

تؤكد احصائيات تطبيق مدونة الأسرة، أنه وبالرغم من تعدد مساطر الطلاق والتطليق، إلا أنه تم اختزالها في مسطرتين أساسيتين هما التطليق للشقاق، والطلاق الاتفاقي، مع استمرار حالات التطليق للغيبة، والتي تتصف مقتضياتها بالتعقيد.

رغم اعتماد مدونة الأسرة لصياغة حديثة بدل المفاهيم التي تمتهن كرامة المرأة، فإن احتفاظ المدونة بمصطلح «المتعة» يثير إشكالات حقوقية لكونه يشيء العلاقة الزوجية ويحصرها في المتعة الجنسية، كما أدى اجتهاد محكمة النقض بإسقاط حق الزوجة طالبة التطليق للشقاق في الاستفادة من المتعة كنوع من التعويض الذي تحكم به المحكمة تلقائيا وذلك اعتمادا على مقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة، إلى حرمان عدد كبير من النساء في الوصول الى حقهن في التعويض وجبر الضرر اللاحق بهن، بل والى تعريضهن لأشكال متعددة من العنف الزوجي بغية الضغط عليهن، من طرف الأزواج لتقديم دعاوى للتطليق، تهربا من المستحقات.

-حذف مصطلح المتعة وحفظ حق المتضرر من انهاء العلاقة الزوجية من الزوجين في الحصول على تعويض يحدد في إطار قواعد المسؤولية المدنية.

-تخويل المحكمة صلاحية تطبيق تدابير الحماية المقررة في قانون 103.13 ضمن الإجراءات الوقتية طبقا للمادة 121 من مدونة الأسرة دون اشتراط وجود دعوى زجرية في الموضوع، من قبيل:

-إرجاع المحضون مع حاضنته إلى السكن المعين له من قبل المحكمة؛

-إنذار المعتدي بعدم الاعتداء، في حال التهديد بارتكاب العنف، مع تعهده بعدم الاعتداء؛

-إشعار المعتدي بأنه يمنع عليه التصرف في الأموال المشتركة للزوجين؛

-إحالة الضحية على مراكز الاستشفاء قصد العلاج؛

-الأمر بالإيداع بمؤسسات الإيواء أو مؤسسات الرعاية الاجتماعية للمرأة المعنفة التي تحتاج وترغب في ذلك.

	-ارتفاع معدلات التطليق والطلاق تؤكد فشل مؤسسة الصلح. -لا يتم تنظيم المستحقات المالية المترتبة عن التطليق القضائي بما يكفل مراعاة الوضعية المالية للزوجين معا وتحملهما واجب الانفاق المشترك على الأسرة. -عدم تفعيل الإجراءات الوقتية بشكل تلقائي من طرف المحكمة لفائدة أحد الزوجين أو الأبناء قبل البت في الطلاق أو التطليق، وعدم تفعيل تدابير الحماية المقررة في قانون محاربة العنف ضد النساء.	

البنوة والنسب

-تعتبر مدونة الأسرة الخبرة الجينية مجرد وسيلة لإثبات النسب أو لنفيه، وليست سببا للحوق النسب، وهو ما يؤدي الى تقييد اعمالها بضرورة اثبات العلاقة الشرعية، كشرط مسبق قبل اللجوء اليها، على خلاف الإقرار بالنسب الذي تتصف شروطه بالبساطة بالنسبة للأب؛

-تتنافى مقتضيات مدونة الأسرة مع تطورات العلوم والاكتشافات الحديثة في ميدان الطب من خلال اعتماد أمد أقصى للحمل مدته سنة، وأمد أقل مدته 6 أشهر، وتقييد اللجوء الى الخبرة الجينية رغم آثارها الحاسمة في اثبات النسب ونفيه، واستمرار تقنين اللعان، رغم عدم إمكانية تطبيقه على أرض الواقع؛

-التمييز بين الأبوين في تحمل مسؤولية الأبناء المزدادين خارج إطار الزواج، من خلال التنصيص على أن البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب، وترتيب آثارها بالنسبة للأم بغض النظر عن طبيعتها، شرعية أو غير شرعية، وهو ما يعتبر تمييزا بين الجنسين، وتمييزا بين الأطفال بحسب الوضعية العائلية للأبوين؛

-تحمل بعض الأحكام القضائية أوصافا تمييزية في مواجهة الأطفال المزدادين من أبوين غير متزوجين، من خلال عبارات من قبيل: "ابن الزنا"، "مجهول النسب"، كما تحيل على مؤسسات "فقهية" أضحت غير موجودة قانونا من قبيل الإحالة على قاعدة "لا يجتمع حد ونسب"، "للعاهر الحجر"..

-مراجعة الصياغة القانونية للمواد المتعلقة بالنسب والبنوة واعتماد صياغة قانونية حقوقية بعيدة عن المصطلحات الفقهية التي تفتح باب التأويل وتزيد من مجال السلطة التقديرية للمحاكم ؛

-مراجعة كل المواد المتعلقة بالنسب والبنوة باعتماد مبدأ المسؤولية المشتركة للأبوين وللدولة في مراعاة المصلحة الفضلى للطفل؛

-اعتبار الخبرة الجينية سببا للحوق النسب الى جانب الفراش، والإقرار، والشبهة؛

-حذف كل تمييز بين الأطفال بسبب الوضعية العائلية للأبوين وترتيب كل الآثار القانونية المترتبة عن ثبوت النسب بالخبرة الجينية بالنسبة للأبوين اتجاه الأبناء؛

-التنصيص على جعل واجبات الخبرة الجينية القضائية على عاتق الخزينة العامة في حال تعذر أداءها من طرف الأمهات أو الأطفال باعتبار النسب حقا للطفل وتعتبر الدولة مسؤولة عن اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال وضمان حقوقهم طبقا للمادة 54 من مدونة الأسرة؛

-الغاء المقتضيات المتعلقة بالبنوة التي تميز بين البنوة الشرعية وغير الشرعية والتي تتعارض مع التزامات المغرب الدولية ومع مقتضيات الدستور وتوصيات لجنة حقوق الطفل.

الحضانة	-تعتمد مدونة الأسرة على التقسيم التقليدي للأدوار بين الأبوين من خلال الفصل بين مهام الحضانة، ومهام النيابة القانونية، واعتبار الحضانة حقا للمرأة، والنيابة القانونية حقا للأب؛ -رغم تنصيص مدونة الأسرة على أن الحضانة تكون مشتركة بين الأبوين أثناء قيام العلاقة الزوجية، إلا أنها لا تنص على خيار الحضانة المشتركة بين الأبوين بعد الانفصال، إذا ما تم التوافق بينهما على ذلك؛ -يؤدي زواج الأم الحاضنة لسقوط حضانتها إذا كان عمر الطفل يتجاوز 7 سنوات، في مقابل ذلك لا يؤدي زواج الأب الحاضن إلى سقوط حضانته، وهو ما يعد تمييزا بين الأبوين؛ -منحت مدونة الأسرة للأب الخيار بعد الطلاق أو التطليق بين تخصيص سكن للأطفال المحضونين أو أداء مبلغ مالي لكراء السكن المذكور، وأحيانا لا يكون السكن المخصص للطفل أو المبلغ المقدر لكرائه، كافيا للحفاظ على نفس المستوى المعيشي الذي كان يعيشه قبل الطلاق أو التطليق؛ -سن الاختيار بالنسبة للطفل هو 15 سنة، رغم أن سن التمييز 12 سنة، وهو ما يتنافى مع مبدأ المشاركة طبقا لاتفاقية حقوق الطفل؛	-تنظيم مسطرة الاستماع الى الطفل وتخفيض سن الاختيار الى 12 سنة. -اعتبار النيابة القانونية ملازمة للحضانة، يمارسها أثناء قيام العلاقة الزوجية وبعد انتهائها الأبوان معا، والحاضن من غير الأبوين أيضا؛ -التنصيص على أن زواج الأب الحاضن أو الأم الحاضنة لا يسقط حضانتهما. -تنظيم الحضانة المشتركة بين الأبوين بعد انفصال العلاقة الزوجية بالطلاق أو التطليق. -عدم اعتبار التنازل عن الحضانة سببا لإسقاطها في حالة تغير الأسباب واعتماد مبدأ المصلحة الفضلى للطفل. - استناد المحاكم إلى تقارير الأخصائيّين النفسيّين والاجتماعيين في تقدير مصلحة الطفل، عبر تقييم وضعه النفسيّ. -تنظيم حق الزيارة لأبوي الزوج غير الحاضن في حالة سفره أو تواجده بالخارج. -التنصيص على بقاء الطفل المحضون بيت الزوجية رفقة الحاضن، وعدم اللجوء إلى تحديد تكاليفه نقدا إلا بصفة استثنائية في حالة موافقة الحاضن. خلق فضاءات لممارسة حق الزيارة.

	-لم تتطرق مدونة الأسرة لحق أقارب الزوج غير الحاضن في زيارة المحضون ما عدا في حالة الوفاة، حيث نصت على أنه: إذا توفي أحد والدي المحضون، يحل محله أبواه في حق الزيارة المنظمة.. ، ولم تتطرق إلا تنظيم الزيارة في حالة سفر الزوج غير الحاضن؛ -لم توضح المحكمة مفهوم المصالح المستعجلة التي تجيز للأم الحاضن القيام في حالة الاستعجال ببعض مهام النيابة القانونية؛ -لم تتطرق المدونة للتنازل على الحضانة؛	
النفقة	-عدم اعتراف مدونة الأسرة بمساهمة المرأة في تحمل واجب الانفاق على أسرتها، سواء من خلال مساهمتها المادية أو مساهمتها بالعمل المنزلي، خلافا لما تنص عليه باقي مقتضيات المدونة من جعل الأسرة تحت الرعاية المشتركة للزوجين ، وتحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال ، وأن للأطفال على أبويهم عدة حقوق من بينها النفقة؛ -ربط استحقاق نفقة الزوجة بالبناء، وربط الانفاق على الأسرة من طرف الزوجة الموسرة في حالة عسر زوجها، بوجود أبناء حيث نصت المادة 199 على أنه: " إذا عجز الأب كليا أو جزئيا عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب"؛ -عدم احترام أجل شهر كحد أقصى للبت في قضايا النفقة؛ - عدم تفعيل مقتضيات الفصل 179 من قانون المسطرة المدنية المتعلق بالنفقة المؤقتة لعدم المطالبة بها من طرف مستحقي النفقة ؛	- التنصيص على تحمل الزوجين معا واجب الانفاق على الأسرة، كل بحسب دخله ومجهوده، من تاريخ العقد وعدم ربطه بالبناء. - التنصيص على واجب الزوج الموسر في الانفاق على الأسرة في حالة اعسار الزوج الآخر، دون اشتراط وجود أبناء. - التنصيص على واجب المحكمة في اشعار مستحق النفقة بحقه في طلب النفقة المؤقتة. - التنصيص على حق المكفول في استمرار الانفاق عليه من طرف الكافلين بعد انحلال العلاقة الزوجية. - التنصيص على بقاء الطفل المحضون ببيت الزوجية رفقة الحاضن، وعدم اللجوء إلى تحديد تكاليف سكن المحضون نقدا إلا بصفة استثنائية في حالة موافقة الحاضن.

	-تفاوت المحاكم في تحديد مبالغ النفقة المحكوم بها؛ -إشكالية عبء الاثبات واعتماد المحاكم على أداء اليمين أو النكول عليه في البت في قضايا استحقاق النفقة ؛ -اختلاف الاجتهاد القضائي في الاستجابة لطلبات تمكين مستحقي النفقة من الولوج الى المعطيات الخاصة المتعلقة بالدخل والممتلكات للملزم بالنفقة لتقدير النفقة؛ -اختلاف تاريخ استحقاق النفقة بحسب شخص مستحقها، حيث يحكم بنفقة الأولاد من تاريخ التوقف عن الأداء ، ونفقة الزوجة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه ، ويحكم بنفقة الأبوين من تاريخ تقديم الطلب ؛ -اغفال التنصيص على استمرار الانفاق على الأطفال المكفولين في حالة وقوع الطلاق والتطليق؛ -عدم شمولية مبالغ النفقة المحكوم بها، للمصاريف الإضافية التي تستلزمها وضعية الإعاقة لدى عدد من مستحقي النفقة، وذلك بسبب محدودية دخل الملزم بالأداء؛	

<table dir="rtl">
<tr><td></td><td>-تبني مفهوم واسع للامساك العمدي عن أداء مبلغ النفقة المحكوم بها، بافتراض الملاءة كأصل الى أن يثبت العكس ، وهو ما أدى الى ارتفاع عدد الأحكام الزجرية الصادرة من أجل جنحة اهمال الأسرة، طبقا للفصل 480 من القانون الجنائي، وفي هذا السياق يلاحظ وبحسب احصائيات رئاسة النيابة العامة أن سنة 2020 عرفت تسجيل 5383 قضية اهمال أسرة، وعرفت سنة 2021، تسجيل 5409 قضية؛
-تخويل الأب الخيار بين إبقاء الأبناء المحضونين في بيت الزوجية أو تهيء محل سكنى جديد لهم، أو تخصيص مبلغ مالي لكراء المحل، وهو ما يتنافى مع المصلحة الفضلى للطفل واستقراره النفسي والاجتماعي في مراعاة الوضعية المعيشية التي كان عليها قبل الطلاق.</td><td></td></tr>
<tr><td>النيابة القانونية للأبوين على الأبناء</td><td>-تعتبر ولاية الأب أصلية بينما تعد ولاية الأم على سبيل الاحتياط، بحيث لا تكون الأم نائبا قانونيا على أطفالها إلا في حالة وعدم جود الأب، أو غيبته، أو فقد أهليته؛
-لم يوضح المشرع مفهوم المصالح المستعجلة التي تتيح للأم القيام ببعض مهام النيابة لصالح أطفالها في حالة الاستعجال؛
تتيح مدونة الأسرة للأبوين إمكانية اختيار وصي على الأبناء، لكن يلاحظ أن وصي الأب يتمتع بصلاحيات رقابية أوسع من وصي الأم، وهو ما يتعارض مع مبدأ المساواة بين الجنسين، ومع المصلحة الفضلى للطفل، لأن الهدف من وجود وصي هو حماية المصالح المالية للطفل.</td><td>-مراجعة الصياغة القانونية للمواد المتعلقة بالأهلية والنيابة الشرعية باعتماد لغة قانونية حقوقية تحترم مبدأ المساواة بين الجنسين وكرامة الأشخاص في وضعية إعاقة؛
-اعتبار النيابة القانونية أثناء قيام العلاقة الزوجية وبعد انفصالها، مشتركة بين الأبوين؛
- إمكانية منح المحكمة للنيابة القانونية لأحد الأبوين أو اسقاطها عنه في حالات محددة قانونا؛
-تخويل وصي الأم نفس صلاحيات وصي الأب في تتبع تسيير النائب القانوني لشؤون الموصى عليه ورفع الأمر الى القضاء عند الحاجة.</td></tr>
</table>

-تواجه الأم عدة صعوبات إدارية وواقعية للقيام بمهام النيابة القانونية على أطفالها، وهو ما يبدو من خلال عدم اعتراف بعض الإدارات بولاية الأم بقوة القانون، واشتراط صدور حكم قضائي تقريري بذلك، أو مطالبتها بالادلاء بوثائق إضافية، وهو ما يعرض مصالح الأطفال المستعجلة الى الهدر.

-اعتبار الأب نائبا شرعيا على الأبناء بشكل تلقائي، يتيح له سلطة التصرف في المصالح المالية للأطفال وفي الهبات أو التعويضات الممنوحة لهم في حال استفادتهم من أحكام قضائية بتعويضهم عن أضرار جراء حوادث سير مثلا بالرغم من أن الأم هي الحاضنة لهم بعد الطلاق، وقد تفاجأ الأم التي فتحت حسابا بنكيا لفائدة أطفالها بأن الأب يسحب من هذا الحساب البنكي.

-تقييد سلطة الأم في القيام بمصالح الأطفال المحضونين يجعلها تتعرض للابتزاز، حيث تضطر أحيانا للتنازل عن حقوقها المالية أو حقوق الأطفال مقابل الحصول على توكيل أو إذن من الزوج.

-تتعرض مصالح الأطفال المحضونين للضرر نتيجة عجز الأم عن القيام بمصالحهم المستعجلة بسبب البيروقراطية، والتمسك بالتطبيق الحرفي لبعض النصوص على حساب المصلحة الفضلى للطفل.

الأهلية المدنية للأشخاص في وضعية إعاقة ذهنية		
	- لم يحسم المشرع في مدونة الأسرة في موضوع الأهلية القانونية للأشخاص ذوي الإعاقة وفق ما تقضي به الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والبرتوكول الاختياري الملحق بها من ملاءمة القوانين واتخاذ التدابير والإجراءات المساعدة للأشخاص ذوي الإعاقة على ممارسة أهليهم القانونية كاملة وتوفير الضمانات القانونية والقضائية لمنع سوء استعمال هذه المساعدة. - عدم تعريف مدونة الأسرة لمفهوم الإعاقة، واعتماد مفاهيم غير دقيقة وغامضة مثل "العته"، "الجنون"، السفه"...تقبل أكثر من تأويل؛ - لم تتطرق المدونة لحالة الأشخاص ذوي إعاقة جسدية أو عجز جسماني شديد يؤثر في استقلالهم في التعبير عن ارادتهم بشكل سليم ويحول دون مباشرة حقوقهم إلا بمساعدة شخص آخر بصفة مستقلة؛ -تستعمل مدونة الأسرة المفهوم التقليدي للنيابة القانونية على الأشخاص في وضعية إعاقة ذهنية والذي يكرس دور النائب القانوني عنهم كوكيل يمارس مهامهم في إطار الوكالة حيث يتم العمل بالقرار البديل، عوض القرار المُسانَد. -تتيح مدونة الأسرة للأبوين إمكانية اختيار وصي على الأبناء، لكنها لا تتيح للأشخاص صلاحية اختيار نائبهم القانوني. -نظمت مدونة الأسرة زواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية وأغفلت التنصيص على مسطرة طلاقه.	-مراجعة الصياغة القانونية للمواد المتعلقة بالأهلية والنيابة الشرعية باعتماد لغة قانونية حقوقية تحترم مبدأ المساواة بين الجنسين وكرامة الأشخاص في وضعية إعاقة؛ - تدقيق مفهوم الإعاقة باستحضار تنوع فئاتها، من قبيل الإعاقة الذهنية أو العقلية أو الاجتماعية النفسية، واستحضار درجاتها. - التأكيد على تقييم الإعاقة كأساس لاتخاذ القرار المساند والملائم من طرف المحكمة، من خلال الانتقال من النموذج الطبي المعتمد في مدونة الأسرة حاليا، إلى نموذج نسقي شامل في التقييم، يقوم على منهج مزدوج يعتمد مدخل درجة الإعاقة من جهة المحدد في بطاقة الإعاقة، وخلاصات التقرير التقييمي الوظيفي الاجتماعي لوضعية الإعاقة في علاقتها ببيئة محيط العيش. -تكريس مفهوم جديد للنيابة القانونية على الأشخاص في وضعية إعاقة ذهنية قائم على المساعدة في الوصول الى القرار المُسانَد، عوض نظام الوكالة القائم على القرار البديل. - تقنين نظام مساعدة قانونية ملائم لحاجيات الأشخاص ذوي الإعاقة الجسدية أو العجز الجسماني البليغ. تخويل الأشخاص صلاحية اختيار نائبهم القانوني إسوة بصلاحية اختيار الوصي على الأبناء.

		- تحديد القانون نوعية القرارات التي يمكن للنائب القانوني أن يتخذها والقرارات المخولة للشخص في وضعية إعاقة ذهنية. - توفير محاكم الأسرة الترتيبات التيسيرية المناسبة للأشخاص ذوي الإعاقة في إجراءات المحكمة من خلال دعمهم للمشاركة في الاجراءات واتخاذ القرارات -إعادة تنظيم مسطرة زواج المصاب بإعاقة ذهنية طبقا للمادة 23 بضمان مشاركته في الإجراءات، وتقنين مسطرة طلاقه. - مراجعة بيئة المحكمة وإجراءاتها وعملياتها لضمان إمكانية الولوج الفعلي للأشخاص ذوي الإعاقة.

الكتاب الخامس **الوصية**	-اقتصرت مدونة الأسرة على تنظيم أحكام الوصية دون باقي التبرعات، التي تبقى خاضعة لقوانين أخرى عكس تشريعات أخرى خصصت كتابا للتبرعات يضم الى جانب الوصية عقودا أخرى؛ -رغم إمكانية لجوء الأشخاص قيد حياتهم الى اجراء ما شاؤوا من تبرعات، إلا أن عدم الحصول على المشورة القانونية وضعف الوصول الى المعلومة يجعل عددا قليلا من الأسر تلجأ الى اجراء التصرفات القانونية البديلة لنظام الإرث؛ -رغم أهمية الوصية في تجسيد إرادة صاحب المال في تقسيم تركته بعد الوفاة، إلا أن المشرع قيدها بضرورة عدم تجاوز الثلث، وبأن لا تكون لوارث، إلا بإجازة باقي الورثة، بحيث يبدو أن إرادة الورثة مقدمة على إرادة صاحب المال؛ -يلاحظ أن المشرع ينظم الوصية الواجبة ضمن كتاب الإرث، وليس في كتاب الوصية، ورغم مراجعة أحكام الوصية الواجبة سنة 2004، وإقرار حق الأبناء من جهة البنت في الاستفادة من نصيب أمهم في تركة جدهم المتوفى قبلها، إلا أن هذا الحق يستفيد منه فقط أولاد الطبقة الأولى، بينما يستفيد أولاد الأبناء الذكور من الوصية الواجبة مهما نزلوا؛ -تقييد حرية الموصي في الوصية بعدم تجاوز الثلث وبألا تكون لوارث إلا بإجازة باقي الورثة. -اعتبر المشرع أن التنزيل تسري عليه مقتضيات الوصية الارادية، لكنه أغفل التنصيص على استفادة المتكفل بهم في إطار قانون كفالة الأطفال المهملين من المقتضيات المتعلقة بالتنزيل أو بالوصية الواجبة.	-تخويل صاحب المال سلطة اختيار النظام المطبق على أمواله، إما الوصية أو الميراث؛ -رفع القيود المفروضة على الوصية بأن تصح لفائدة الورثة، وبأن تتجاوز حدود الثلث، دون حاجة الى موافقة الورثة؛ -تمديد نطاق الاستفادة من الوصية الواجبة لتشمل أولاد البنت من الذكور والاناث مهما نزلوا؛ -التنصيص على استفادة المتكفل بهم من مقتضيات الوصية الواجبة في حالة عدم استفادتهم من الوصية الارادية أو التنزيل.

الكتاب السادس الإرث		
	-صعوبات ثقافية وقانونية واجرائية تحول دون وصول بعض النساء الى حقهن في الإرث في ظل غياب أي جزاء قانوني في حالة حرمانهن من الارث؛ -إشكاليات نظام التعصيب: ففي حالة وفاة أحد الزوجين ووجود بنات دون أبناء ينتقل جزء من التركة إلى أقرب وارث بالتعصيب دون أن يتحمل واجب الانفاق على البنات، كما أن مقتضيات مدونة الأسرة لا تستثني مسكن الزوجية والأموال المخصصة للأسرة من التركة؛ -اعتبار اختلاف الدين مانعا من موانع الميراث مما يؤدي الى عدم التوارث بين الأبناء وأمهم وبين الزوجين؛ -اعتبار البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب، بحيث لا يقع التوارث بين الطفل وبين أبيه البيولوجي إلا في حالة الإقرار به، وهو ما يعتبر تمييزا بين الأطفال بحسب الوضعية العائلية للأبوين؛ -المقتضيات المتعلقة بكتاب الميراث تعتبر مخالفة للقانون العام بالنسبة لعدد من بلدان الإقامة لمغاربة العالم، حيث يتم استبعاد تطبيق مدونة الأسرة لكونها تميز بين الجنسين، وبين الأطفال بحسب الوضعية العائلية للأبوين، وبحسب الأنصبة، وبسبب الدين؛	-اعتماد لغة قانونية واضحة في كتابي الوصية والارث لجعلهما أسهل من حيث المقروئية مع ملاءمة مقتضيات هذا الكتابين مع القوانين الأخرى؛ -تدقيق مفهوم التركة باستخراج نصيب الزوجة أو الزوج الباقي على قيد الحياة من الأموال المكتسبة بعد الزواج، وذلك قبل توزيع التركة؛ -استثناء بيت الزوجية والأموال المخصصة لفائدة الأسرة من نطاق التركة، واعتبارها حقا للزوجة أو الزوج الباقي على قيد الحياة؛ -تخويل صاحب المال سلطة اختيار النظام المطبق على أمواله، إما الوصية أو الميراث؛ -توسيع نطاق الرد لفائدة البنات في حالة عدم وجود أخ لهم، بأن تستحق البنت في حالة انفرادها نصف التركة، وفي حالة تعددها ثلثي التركة، وذلك بالفرض، وباقي التركة بالرد، بعد أخذ أصحاب الفروض نصيبهم؛ -حذف اختلاف الدين من موانع الميراث؛ -توسيع نطاق الورثة ليشمل ذوي الأرحام إسوة بعدد من التشريعات المقارنة، وذلك في حالة عدم وجود الورثة بالفرض والورثة بالتعصيب؛ تجريم الحرمان من الإرث واعتبار الحرمان من الإرث في حق امرأة بسبب جنسها ظرف تشديد.

-عدم توريث ذوي الأرحام فبنات الأخ أو العم على سبيل المثال لا يرثن رغم أن أبناء الأخ وأبناء العم يرثون، وفي حالة وفاة شخص دون أن يترك أحدا من الورثة بالفرض أو التعصيب، باستثناء بنات الأخ أو بنات العم، لا يرثن، وتنتقل التركة الى السلطة المكلفة بأملاك الدولة؛

تلجأ الكثير من الأسر، خاصة تلك التي لم ترزق بذكور الى القيام بإجراءات قانونية -وأحيانا صورية- كبديل عن القواعد الحالية لنظام الميراث، من قبيل البيع أو الصدقة أو الهبة، وذلك بهدف حماية بناتهن من قاعدة التعصيب وما قد يواجهن من حرمان من سكنهن بعد وفاة الاب، أو بهدف حماية أحد الزوجين المتبقي على الحياة أو من أجل تحقيق المساواة بين الاناث والذكور من أبنائهن، وهي اجراءات لا يمكن أن تكون حلا لكافة الأسر بالنظر للمخاطر التي قد تطرحها والنزاعات التي قد تثيرها، وكذا لمحدودية وصول كافة الأسر الى امكانية اجرائها سواء نتيجة التكاليف المادية المرتبطة بها أو الظروف الاجتماعية للأسرة، وبالتالي فلا يمكنها أن تكون بديلا عن منظومة قانونية عادلة ومنصفة وكفيلة بتوفير حلول ملائمة، تأخذ بعين الاعتبار الوضعيات والتحولات العميقة التي يعرفها المجتمع المغربي.

الاجتهاد/الإحالة على الفقه المالكي المادة 400	-رغم تبني مدونة الأسرة لصياغة حديثة بدل المفاهيم التي تمس بكرامة وإنسانية المرأة، فإن هذه المفاهيم التي تمتهن كرامة المرأة أو الطفل تم تكريسها أحيانا من خلال بعض الأحكام القضائية، عن طريق النقل الحرفي لبعض أقوال الفقهاء دون مراعاة السياق التاريخي، ودون حذف المصطلحات المهينة، من قبيل وصم الأطفال المزدادين خارج اطار مؤسسة الزواج بأنهم "أبناء زنا"، ووصف النساء بأنهن "ناشز" ، وإخضاع استحقاق المرأة لنفقتها في حالة النزاع لقواعد الحيازة على غرار الحيازة في الأشياء والمنقولات؛ -تم أحيانا اعتماد مقتضيات المذهب المالكي رغم وجود نصوص في المدونة، وهو ما يبدو من خلال اجتهاد محكمة النقض في اسقاط حق الزوجة طالبة التطليق للشقاق في الاستفادة من المتعة، كما تم الاعتماد على مقتضيات المادة 400 للاستمرار في سماع دعوى ثبوت الزوجية رغم انقضاء الفترة الانتقالية المقررة لها؛ -رغم تنصيص دستور 2011 على مبدأ سمو الاتفاقيات الدولية المصادق عليها على التشريع الداخلي، يلاحظ عدم تفعيل هذا المبدأ في عدد من قضايا الأسرة؛ -تطرح الإحالة على مقتضيات المذهب المالكي والاجتهاد إشكاليات تتعلق بمدى احترام مبدأ المساواة أمام القانون، نظرا لكثرة المصنفات الفقهية وعدم تقنينها، بشكل لا يحقق قدرة المتقاضين على معرفة القواعد التي ستطبق عليهم.	اعتماد صيغة قانونية واضحة في المادة 400 تؤكد على اعمال آلية الاجتهاد البناء، مع مراعاة مبادئ العدل والمساواة والمصلحة الفضل للطفل وعدم التمييز وقيم الدين الاسلامي الحنيف بما يتلاءم مع المستجدات الحقوقية والقيم الكونية

مذكـرة المجلــس الوطنــي لحقــوق الانســان

حول مراجعة مدونة الأسرة

20 دجنبـــر 2023

الربــاط – المغــرب

WWW.CNDH.MA
LIBRARY.CNDH.MA
@CNDHMAROC

المجلس الوطني لحقوق الإنسان
ⴰⵙⵇⵇⵉⵎ ⴰⴳⵏⴰⵎⵓ ⵏ ⵉⵣⵔⴼⴰⵏ ⵏ ⵓⴼⴳⴰⵏ
Conseil national des droits de l'Homme

مذكرة المجلس الوطني لحقوق الانسان

حول مراجعة مدونة الأسرة

20 دجنبر 2023

· Annexes documentaires ·

Fiche documentaire

Fiche documentaire analytique

Nature du document : Mémorandum.

Organisme émetteur : Le Conseil National des Droits de l'Homme (CNDH) du Royaume du Maroc.

Période couverte : Le document a été publié le 20 décembre 2023. Il se réfère à l'évaluation de l'application de la Moudawana (Code de la famille) sur la période 2004-2023 et formule des propositions pour sa révision.

Thèmes traités : Le mémorandum porte sur la révision de la Moudawana, abordant des thématiques centrales du droit de la famille marocain, notamment : la définition de la famille, le champ d'application de la Moudawana, le mariage des Marocains à l'étranger, la preuve du mariage, le mariage des enfants, la polygamie, la différence de religion dans le mariage, la gestion et le partage des biens acquis pendant le mariage, le divorce (Talaq et Tatliq), la filiation et la paternité, la pension alimentaire, la garde des enfants (Hadana), la tutelle légale, le testament et le système successoral. Il examine également l'article 400 de la Moudawana et la problématique de l'ijtihad (interprétation juridique).

Axes principaux : Le document s'articule autour des axes suivants :

* Une évaluation des lacunes et des défis rencontrés dans l'application de la Moudawana depuis 2004.

* La formulation de propositions et de recommandations visant à moderniser et à améliorer le Code de la famille, en conformité avec les principes constitutionnels, les conventions internationales relatives aux droits de l'homme et les objectifs de développement durable.

* La promotion de l'égalité entre les sexes, la protection des droits de l'enfant et la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions relatives à la famille.

* L'importance de l'ouverture à l'Ijtihad (interprétation juridique) dans l'application des textes de la Moudawana.

Informations juridiques essentielles : Le mémorandum s'inscrit dans le cadre juridique national et international des droits de l'homme. Il se fonde notamment sur :

* La Constitution marocaine de 2011.

* Les principes de la Charia islamique, tels qu'interprétés à la lumière des principes d'égalité, de justice et d'équité.

* Les conventions internationales relatives aux droits de l'homme, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979), la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984), la Convention relative aux droits de l'enfant (1989) et la Convention relative aux droits des personnes handicapées (2006).

* Les observations finales des comités des Nations Unies compétents en matière de droits de l'homme.

* La lettre royale adressée au Chef du gouvernement relative à la révision de la Moudawana (26 septembre 2023).